

**МИНИСТЕРСТВО ОБРАЗОВАНИЯ И НАУКИ РЕСПУБЛИКИ
КАЗАХСТАН КАСПИЙСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ
ТЕХНОЛОГИЙ И ИНЖИНИРИНГА ИМ. Ш.ЕСЕНОВА**

ИНСТИТУТ «ЭКОНОМИКИ И ПРАВА»

КАФЕДРА «ПРАВОВЕДЕНИЕ»

АУЕШОВА БАГДАТ ТЛЕКТЕСОВНА

**ИНСТИТУТ ОБЯЗАТЕЛЬСТВА В ОБЫЧНОМ ПРАВЕ
КАЗАХОВ И ЕГО ЗНАЧЕНИЕ В СОВРЕМЕННОСТИ**

**ПОМОЩНИК К УЧЕБНОМУ ПОСОБИЮ
ДЛЯ СТУДЕНТОВ СПЕЦИАЛЬНОСТИ
050301 - ЮРИСПРУДЕНЦИЯ**

АКТАУ, 2011

УДК 340. 141
ББК 67.404.2
А93

РЕЦЕНЗЕНТЫ: д.ю.н., профессор Агдарбеков Т.А.
к.ю.н. профессор Таужанова Р.Ж.
к.ю.н., доцент Абилшеева Р.К.

Ауешова Б.Т.

А93

Институт обязательства в обычном праве казахов и его значение в современности: Помощник к учебному пособию. – Актау: КГУТиИ им. Ш. Есенова, 2011. – 143 стр.

ISBN 978-601-7276-72-0

Помощник к учебному пособию предназначено для студентов специальностей юриспруденция по предмету История государства и права РК, История государства и права зарубежных стран, а также может быть полезно для преподавателей и исследователей интересующихся проблемами обязательственного права.

УДК 340.141
ББК 67.404.2

Рекомендовано /допущено к изданию решением Учебно – методического совета Каспийского государственного университета технологий и инжиниринга им. Ш. Есенова

ISBN 978-601-7276-72-0

© КГУТиИ им. Ш. Есенова, 2011г.

ВВЕДЕНИЕ

В правовом развитии Республики Казахстан наступает новый этап, связанный с утверждением главой государства с новой Концепцией правовой политики. Концепция, рассчитанная на период с 2010 по 2020 год, является логическим продолжением принятой в 2002 году Концепции правовой политики, сыгравшей свою положительную роль в правовом развитии страны.

В концепции сформулированы основные направления совершенствования национальной правовой системы, основанные на современных тенденциях ее развития, накопленном отечественном и мировом опыте, научно обоснованных представлениях о перспективах развития казахстанского государства и права.

Важнейшей отраслью права, являющейся правовым фундаментом частной собственности и рыночных отношений, выступает гражданское право. Основным содержанием этой отрасли права является регулирование частноправовых отношений. И в связи с этим концепция определяет целый комплекс мер, обеспечивающих развитие институтов гражданского права, повышающих ее эффективность как главного правового регулятора рыночных отношений.

В то же время, поскольку государство стало активным участником экономических отношений, на первое место выдвигаются проблемы соотношения публично-правовых и частноправовых методов регулирования этих отношений. С указанных позиций концепцией ставится задача по оптимизации соотношения между гражданским правом - как частным правом и с другими публичными отраслями права.

В то же время в условиях формирования национальной правовой системы Казахстана исследование обычного права, в частности обязательственного права, возможно, и необходимо для восстановления правового континуитета и дальнейшего развития современного казахстанского общества с сохранением правового наследия и использования достижений и ценностей традиционной правовой культуры.

Обзор исследовательской литературы свидетельствует о том, что в целом обычное право, как правовое явление, до сих пор рассматривалось как исторически относительно ценное, но мало актуальное в современных условиях. Об уровне исследования проблемы обычного права можно судить по существующим в правовой науке разнообразным, нередко полярным мнениям и оценкам, касающимся природы и роли изучаемого явления.

В данное время на современном этапе Гражданский Кодекс РК частично легализовал обычное право, и официальная законодательная легализация обычая, как источника права требует доктринального изучения для эффективной реализации обычных норм в юридической практике и нормального функционирования в правовой системе.

В то же время казахское обычное право, как источник современных гражданских правоотношений, изучено недостаточно, что приводит к отдельным разногласиям при трактовке того или иного положения, а именно института обязательств в обычном праве казахов.

Источники свидетельствуют, что гражданские правоотношения берут начало в обычном праве, применяемом с древних времен, некоторые виды этих отношений гармонично развиваются, совершенствуются в соответствии с особенностями общественного развития, другие же сохранили свое былое назначение и являются основой права. Одной из разновидностей гражданских правоотношений в казахском обществе считалось заключение и исполнение соглашения, выполнение принятых на себя обязательств.

Весьма важным моментом в истории казахского права является обычно-правовой сборник, составленный Тауке-ханом в конце XVII - начале XVIII веков, получивший название «Жеты-Жаргы» - это уникальное явление кодификации обычного права [1]. Другим внешним фактором, способствующим изменению норм, обычного права, явилась мусульманская религия (шариат) [2, с.64].

В связи с этим в современной юриспруденции происходит смена приоритетов, поиск новых путей развития. Именно в историко-правовой науке в наибольшей степени ощутима потребность активизации исследовательской работы, переоценка опыта государственного и правового развития Казахстана. Становление в Казахстане гражданского общества породило интерес к отраслям и институтам частного права, института обязательства, его всестороннего анализа. Одно из важнейших положений успеха анализа – объективное направление при выборе исследований на основе имеющейся источниковой базы.

В то же время, наличие исторических документов об обычном праве казахов необходимо систематизировать, резюмировать. Кроме того, обычное право казахов нельзя изучать в отрыве от социально-экономического уклада, воззрений, психологии, быта народа и соответствующей им политической структуры общества. Научная мысль должна выявлять не только конкретные, но и частные факторы жизни общества, для него характерные.

В связи с этим можно определить четыре этапа исследования в области трансформации обычного права в целом, и института обязательства в частности, в современность:

1. Необходимым условием познания и осмысления обычно-правовой системы казахов, ее отдельных институтов и даже норм является знание не только общих черт и закономерностей развития кочевых обществ, но и знание конкретных форм, уровней, условий, норм и аспектов развития отдельных пластов и областей общественных отношений.

2. Другим важнейшим методологическим условием является необходимость исследования обычного права казахов в связи с политикой царизма, начиная со второй половины XVIII века.

Влияние имперского законодательства на обычно-правовые институты и нормы казахов происходило в результате взаимовлияния различных общественных структур. На основе чего произошло «переливание» правовых норм, правил, идей, свойственных более высокой степени развития, в общество более низкого уровня организации. Обычно-правовая система казахского общества, по мере усиления на него влияния России,

видоизменялась: обогатилась новыми положительными оттенками, передовыми нормами и идеями. Научная мысль исходит из того, что в истории не было ни «чистых» кочевников и ни «чистых» систем права. Это в не меньшей мере относится и к обычному праву казахов и институту обязательства.

На обычно-правовую систему дореволюционного Казахстана оказывали воздействие следующие факторы, вызванные изменениями обычно-правовых норм:

- внешне - и внутривнутриполитические условия;
- отношения с соседними государствами.

В то же время, вызванные изменения обычно-правовых норм органичны, если они выражают потребности правового регулирования общественных отношений и согласуются с интересами и политикой тех социальных сил, которые занимают господствующее положение в системе экономики и политической власти [3, с.24].

«...Казахское обычное право, - неписанное право, говорит С.З. Зиманов. «... Оно построено на ряде основных нормативных институтов и на множестве кратких, легко запоминающихся и в то же время выразительных изречений, содержащих основополагающие материальные и процессуальные нормативы. Последние, как правило, являются отправным началом для выведения конкретных норм, путем логического вычленения, толкования, адекватных конкретным жизненным случаям» [3, с.25].

3. В годы Советской власти обязательственные отношения строились без учета обычая, связывая между собой основных участников экономического оборота - социалистические организации на основе договора, стоящего на плановом задании.

4. Сегодня тенденция к повышению роли обязательства, обусловлена коренной перестройкой экономики страны и совершенствованием нормативной базы, «мы строим новое государство, новую рыночную экономику и новую демократию... и тем самым впитываем в себя достижение различных цивилизаций» [4, с.6].

Исходя из этого, институт обязательственного права вызывает особый интерес, поскольку его эволюция имеет в истории государства и права республики неоднозначный характер, что обусловлено существенными общими тенденциями трансформации государства, права и особенностями развития гражданского общества.

Сквозь призму историко-правового развития института обязательственного права, автором выявлена роль, значение и сущность обязательственного права в истории права и государства Казахстана, так как обязательство, юридически регулирующее обширную область товарно-денежных отношений, характеризует уровень правовой культуры общества и является одним из показателей общего хода его государственно-правового развития.

В своей монографии «Вопросы теории обычного права», Алимжан.К.А. отмечает, что обычное право на всем протяжении эволюционного развития в различных сообществах, как правило, проявляло достаточную устойчивость и

способность сравнительно эффективного функционирования. Появление нового обычного права в новейшее время, убедительно доказывая возможность функционирования древнейшей формы права в качестве об иных условиях современного мира, позволяет говорить о перспективах развития обычного права в настоящем и ближайшем будущем [5, с.110].

На данном этапе актуальным является совершенствование обязательственного права, исходящего из обычного права, впитавшего в себя условия рыночных отношений, регулирующего договорные отношения на основе истинной воли. «Основной принцип, который господствует в обязательственном праве, - свобода договора...» [6, с.13].

Заслуга в возрождении интереса к обязательственному праву, выдвигании его на первый план в юриспруденции и обоснование обязательства, как явления права, принадлежит деятелям исторической школы. Приверженцы исторической школы исходили из динамичности права как явления необходимости рассмотрения его в непрерывной эволюции. Были выдвинуты оригинальные теории происхождения обязательства, пересмотрены устоявшиеся системы его источников, по-новому расставлены акценты в иерархии последних.

Наибольший интерес представляет монография А. Гусакова «Деликты и договоры, как источник обязательств в системе гражданского права Древнего Рима», посвященная истории возникновения обязательственного права в архаичном Риме. В ней автор перечисляет древнейшие юридические нормы различных индоевропейских народов, доказывая, что невыполнение обязательства воспринималось на ранней стадии развития общества как обман, нарушение клятвы и было равнозначно воровству. Определенный интерес представляет исследование К. Победоносцева «Курс гражданского права», часть 3, которое посвящено изучению договора и обязательства. Анализируя источники, ученый приходит к выводу, что не всякое добровольное соглашение может быть признано договором, подходящим под действие законов гражданских.

Работа Мякутина А.И. «Юридический быт киргизов» также богата материалами в сфере обязательственного права. Автор дает определение обязательственному праву: «Право одной стороны и соответствующая обязанность другой стороны или прав и обязанности каждого конкретного участника, правоотношения». Он рассматривает разные виды договоров и ведет сравнительный анализ классификации с другими государствами.

Маковецкий П.Е. в работе «Материалы для изучения юридических обычаев киргизов» дает анализ развитию обязательственного права. По утверждению автора, обязательство вытекает из договора, он также говорит о вытеснении присяги в обязательствах из договоров свидетельскими показаниями и расписками. Из этого можно сделать вывод, что договора заключались устно, из договора вытекали обязательства.

Весьма интересными и перспективными являются исследования сборника по казахскому обычному праву: материалы Д. Андре, И.А. Козлова, Л.Ф. Баллюэка. Особый интерес в сборнике представляет материал И.А. Козлова,

относящийся к обычному праву казахов, в котором автор приводит описание заключения соглашения. Материалы, представленные Д. Андре содержат большой фактический материал, им подробно освещаются нормы казахского адата в области гражданского права. В нем совершенно по-новому говорится о роли шариата в казахском праве в середине XIX века. Главная ценность материала состоит в том, что казахские обычаи были собраны в степи непосредственно у знатоков адата, аксакалов и старейшин.

Значительный вклад в изучение проблемы обязательства обычного права внес российский учёный Н.И. Гродеков на основании работы: «Киргизы и Кара киргизы Сыр – Дарьинской области» (Ташкент 1989 год). Работа содержит большой материал в области гражданского права.

Подробная история обычного права в конце XVIII в начале XIX вв., собрана в фундаментальном труде А. Левшина «Описание киргиз-казачьих или киргиз-кайсацких орд и степей». Он впервые сообщает о законах Тауке и приводит запись, также сравнивает отдельные нормы обычного права казахов с аналогичными нормами европейских правовых систем.

Отдельные сведения о договоре мены, торговых сделках содержатся в сборнике работ Ч.Ч.Валиханова «Собрание сочинений в пяти томах» том 4 «Записки о судебной реформе», где дается анализ торговым отношениям казахов в период XV века. Работа Керимова Г. М. «Шариат и его социальная сущность», ценно тем, что в нем дается анализ каноническому мусульманскому праву. Также рассматривается обязательственное право как основа, регулирующая торговлю, финансы, налоговую систему. На обширном фактическом материале показана социальная сущность мусульманского законодательства, рассматриваются договора поручительства, гарантии и хранения. В сфере гражданского права основное место занимает Коран. В нем содержатся материалы, относящиеся к обязательственному праву, правила торговли.

Одним из казахстанских исследователей является Зиманов С.З. «Общественный строй казахов в первой половине XIX века». Его труды в основном направлены на исследование обычного права. О сущности права кочевой цивилизации говорит отечественный исследователь С. Узбекулы в работе «Право кочевой цивилизации казахов». Данная монография является исследованием обычного права, также института обязательства «саун», «асар», «жылу», «журтшылык».

Современные исследования даны в работе Карандашевой А.А «История договорного права Казахстана XV-XX в.в.». Здесь автор анализирует и дает оценку генезиса и эволюции договорного права Казахстана с XV века до современного периода. Значительный вклад в изучение проблемы современного обязательственного права внес российский ученый О.С. Иоффе в своей работе «Обязательственное право», дает определение обязательству, которое «не допускает использования как примерного, так и исчерпывающего перечня». Кроме того, отдельные работы Ю.Г. Басина «Проблемы обязательственного права» исследуют признаки хозяйственно-договорных обязательств социалистических организаций. Работа Г.И. Тулеугалиева

«Гражданское право Республики Казахстан» раскрывает основные положения гражданской системы. Данная работа рассматривает понятие сделки, способы защиты гражданских прав.

Проблемные вопросы по основанию, возникновению гражданских правоотношений рассматривает, отечественный цивилист А. Диденко исследуя понятие «обещание в гражданском праве, он считает, что элементом гражданско-правовых отношений являются волевые акты людей» [6, с. 68]. Но много зависит от национальных и исторических традиций общества. Так, замечает Л. И. Петражицкий в своей монографии, что: «... по духу подлинной христианской этики, коренным образом, отличающейся от библейской этики, люди обязаны по отношению к ближним к весьма многому и даже трудно исполнимому, но притязаний на исполнение этого со стороны ближних нет и должно быть» [7, с. 64].

Понятие «гражданско-правовая ответственность», формируясь на протяжении нескольких тысячелетий, остается предметом научных дискуссий. Вопрос об этом понятии многие годы является спорным в юридической науке. Этим, прежде всего, и объясняется множественность точек зрения относительно сущности данного понятия, высказанных в юридической литературе. Дело в том, что предлагаемые выводы зависят нередко от избранного аспекта исследования этого неоднозначного понятия.

Цель права (объективного и субъективного) обеспечить «возможность осуществления жизненных задач отдельного человека и общества» [8, с. 244]. И.А. Покровский отмечает: «Первое, в чем человек нуждается, это, конечно, охрана его самых элементарных благ жизни, телесной неприкосновенности, свободы» [9, с.121]. Право вырабатывает механизмы, защиты указанных выше личных благ от любых частных посягательств: с одной стороны, определенные посягательства на частных лиц подпадают под действие уголовного закона; с другой «и гражданское право не остается в стороне: оно рассматривает, в свою очередь, все посягательства на эти блага как гражданский деликт и связывает с ним обязанность возмещения причиненного вреда» [9, с.121].

1 ДОГОВОР И ЕГО ИСТОРИЧЕСКАЯ ЭВОЛЮЦИЯ В ИСТОРИИ ПРАВОВОЙ МЫСЛИ

1.1 Становление в древневосточных государствах договорных отношений

Исследования различных источников древневосточных государств утверждают, что с развитием имущественных отношений тот или иной третий товар становится эквивалентом других товаров. Но постепенно всеобщая форма эквивалента «прочно срastaется исключительно лишь с определенными видами товаров, или кристаллизуется в форму денег» [10, с.95]. С обменом товаров на деньги появляются отношения «долга» и «денежная ссуда», «...а вместе с ней процент и ростовщичество» [11, с.359], что можно встретить в источниках древневосточных государств, Древней Индии. Достоянием правовой системы древнеиндийского государства были Законы Ману. Авторами Законов Ману были, по-видимому, жрецы одной из древнеиндийских брахманских школ. Они же дали этой кодификации имя Ману, по верованиям древних индусов прародителя людей.

В законах Ману всякое фактическое обладание вещью следовало при необходимости обосновать указанием на его происхождение: куплю-продажу, переход по наследству, распределение по жребью, когда речь идет о земельном наделе. Ссылка на одно только длительное, добросовестное владение была недостаточной, однако глава VIII п., 147 гласит: если собственник «молча наблюдает», как другой пользуется его вещью, и это продолжается 10 лет, «он не имеет права получить ее обратно» [12, с.38]. Таким образом, в Индии была «открыта» приобретательная давность, с которой мы еще встретимся при рассмотрении римского права. Нельзя было допускать, чтобы находящиеся во владении вещи были навеки изъяты из оборота или чтобы владелец, опасаясь изъятия, относился к этим вещам как второсортным и потому воздерживался от их поддержания или улучшения.

Регламентируя институт договора, Законы Ману устанавливают важное правило: глава VIII, п. 163, 165, 168 не может считаться действительной сделка, которая заключена с безумным, малолетним, одряхлевшим, пьяным. Недействительна и такая сделка, которая заключена с применением насилия или обмана [12, с.40].

Основным условием всякого договора была его публичность, также только свидетели могли спасти от наказания в случаях, когда требовалось представить продавца, а он не был известен или отсутствовал. По закону считалось, что всякая тайная сделка заключает в себе противоправность.

Отличительная черта ЗМ - за неуплату долга, если кредитор более высокой касты, чем должник, разрешается понудить последнего, если должник не брахман, к выполнению работы в погашение долга [12, с.36].

Это подтверждает, что ЗМ при долговой системе различают социальное положение. Артхашастра гласит, при купле-продаже обладающих скрытыми недостатками, разрешалось расторжение договора; для расторжения сделки

по покупке негодных «четвероногих» давался срок в полтора месяца, для расторжения сделки о «негодных» рабах один год [13, с.37]. В правовом закреплении договора займа, найма вещей и людей, ростовщических операций особенно наглядно, проявились различия двух крупных правовых систем древневосточных государств: компромиссно-умеренной для своего времени правовой системы Вавилона (ее нормы в значительной мере были продиктованы политикой Хаммурапи на снижение уровня социально-классовых противоречий, на предотвращение дальнейшего обезземеливания общинников-крестьян) и бескомпромиссно-жесткой системы средне ассирийского права, отражающей интересы главным образом олигархической рабовладельческой верхушки.

При такой системе деньги становятся универсальным товаром, и натуральный выкуп сменяется денежным, что можно проследить на основании законника Хаммурапи, где наряду с натуральным возмещением встречается возмещение серебром. По законам Хаммурапи ст. 89 тамкар не мог брать более 20% при займе серебра и 33,5% при займе хлеба. Хотя ст. 90 гласит, при отсутствии серебра у должника он обязан был брать в счет погашения долга и процентов другую движимость при свидетелях. Это подтверждает превышение тамкаром процентных ставок, по договору займа зерна в ст. 113 говорится, что влекло за собой потерю долга так же, как в случае самоуправного изъятия им хлеба должника из жилища или с гумна. С согласия кредитора долг мог быть перенесен на другое лицо путем изготовления специального документа, или возвращен по частям. Причем заемный документ мог содержать в качестве условия возможность выплаты долга предъявителю. Появление такого договора стало своеобразной предтечей векселя [12, с.14,15].

Все эти нормы и являются свидетельством той самой "справедливости", которая так широко рекламировалась правителями. В отличие от них в САЗ не ограничивались процентные притязания ростовщиков и сроки долговой кабалы, не проводилось различие между рабами и членами семьи несостоятельного должника, а заем здесь давался под залог "поля, дома, членов семьи". Нормы вавилонского права находились в тесной связи с вышеупомянутой, традиционной практикой издания особых "указов справедливости", по которым прощались долги свободных общинников, а заложенные в силу нужды сады, поля, дома безвозмездно возвращались прежним владельцам.

При исследовании обязательственного права в древневосточных государствах, особое место занимает Китай. Его отличительной особенностью является точное исполнение обязательств. Для периода Чжаньго характерно распространение договора займа, развитие ростовщичества. Договор займа оформлялся долговой распиской, объектом договора могли быть деньги, зерно. Известны были отсрочка платежа, внесение залога, выдача письменных обязательств. Не имея возможности расплатиться с кредитором, обедневший общинник, взявший в долг деньги или продукты, вынужден закладывать, продавать свой земельный участок, продавать в рабство членов своей семьи, а часто и себя самого. Так развитие договора займа приводит к появлению

долгового рабства [14]. Особое внимание в обязательственном праве Китая отводится казенной собственности. Например, если чиновник, в ведении которого находились казенные вещи, отдавал их в заем «дай», или сам брал займы, то, если этот заем не был оформлен договором, он приравнивался к краже. Если должностное лицо брало заем для себя, то мера наказания была выше, чем за обычную кражу. За заем на сумму в 5 пи полагался год каторги, каждые последующие 5 пи мера наказания увеличивалась на одну степень. Если заем был дан другому лицу, и оно не было в состоянии оплатить долг, растроченное казенное имущество компенсировали виновные в его служении чиновники [14].

Беспроцентный займ назывался «фучжай». Всякий, взявший в долг и нарушивший договор, если он не возвратил сумму, равную 1 пи или более, просрочил установленный срок возврата на 20 дней, наказывался 20 тонкими палками. За каждые последующие 20 дней просрочки наказание увеличивалось на одну степень, и мера наказания ограничивалась 60 толстыми палками, не возврат 30 пи наказание увеличивалось на две апепсии, а 100 пи ещё на три степени. Во всех случаях отдавался приказ возвратить долг.

В конце XII в., по «Цинь-юань тьяо фа гнилей» предельная, возможная мера наказания за не возврат долга в 1 пи и более была увеличена с 60 до 1110 толстых палок. В документах договорённости о беспроцентном займе указывалась дата займа, стороны, заключающие договор займа, причина займа, объект займа, его сумма, срок возврата взятого в долг, поручитель и свидетели. В договоре могло быть оговорено, что если заёмщик не возвратит долг до такого-то срока, то далее станут начисляться проценты.

Заем под проценты мог быть взят как деньгами, так и конкретными вещами, например, зерном. При Тан и Сун был как месячный, так и годовой процент. Займ деньгами процент чаще всего исчислялся помесечно, а при займе зерном он был годовым. Долг возвращался тем, что было взято в долг: за зерно расплачивались зерном, за скот - скотом. Общим правилом было то, что проценты не должны были превышать сумму займа. Исследователи считают это примечательной особенностью старого китайского права, запрещалось начисление процентов на проценты. Как и при займе под залог, месячный процент при Тан-Сун колебался от 4 до 6% [15].

Договор займа под проценты включал дату, сведения о сторонах, заключавших договор, указание на причину займа, сведения об объекте займа и его сумме, о проценте (росте), сроке займа, о поручителе и подписи заимодателя (необязательно), заемщика, поручителя и свидетелей. Заём мог быть дан как частным лицом, так и получен от казны, монастыря. Заём денег под проценты у правительственных учреждений, казны, назывался «чжо цян» [15].

Заёмщик отвечал перед заимодателем своим имуществом, иногда это прямо оговаривалось в договоре о займе, но заимодатель, особенно при Тан, не имел права самовластно забирать у должника его землю, рабов, скот

и прочее имущество. Он обязан был обратиться к властям и делать это только после вынесения властями соответствующего решения. Самоуправные действия займодателя квалифицировались как лихоимство, как незаконное приобретение имущества («Цзян») [15].

Китайское право различает порядок ответственности должника, не уплатившего долг, вначале он отвечал за свой долг всем своим имуществом, если он не мог расплатиться имуществом, то сам или кто-то из мужчин его семьи отправлялся на отработку долга, но если должник не желал платить и бежал, то за него должен был расплачиваться поручитель. Поручителей иногда могло быть несколько - коллективное поручительство. Поручитель был всегда ответственен перед займодателем, если заёмщик бежал. Если должник умирал, долг переходил на его наследников, на сыновей. Здесь мы видим, что в праве особое внимание уделяется поручительству, как залог.

Договор займа в Индии имел свои особенности. Обеспечением займа служила личность должника, его родственники, имущество. В случае не уплаты долга, ответственность определялась как отработка. Но низшие касты не могли заставить должника высшей касты отработать долг [16]. Социальная кастовая система играла основную роль в договоре, как и вышеперечисленных примерах.

В процессах больше половины судебного разбирательства занимают нормы, касающиеся обязательств, договоров: займа, найма, купли-продажи, хранения (вклада). При этом предусматриваются гарантии исполнения договоров залог (заклад), поручительство. При трактовке договорных отношений формулируются и некоторые общие принципы. В Артхашастре III глава "Установление о сделках" перечисляют, например, условия, каким должен отвечать правомерный договор, указывается его форма. Заключался договор письменно, с указанием точного времени, места совершения сделки, местожительства, рода, касты и поручителей [17, с.102].

Сделки не только считались недействительными, но и наказывались штрафом, хотя строгие формальности ослаблялись, если сделки были связаны с царским поручением, с охраной государственной тайны или заключались лицами, ведущими бродячий образ жизни; охотниками, пастухами, артистами, для которых совершение формальностей было затруднительным. Законность договора займа подтверждают, как правило, распиской.

В некоторых положениях шастр отражается многовековой путь развития этого института. С одной стороны, нормы, касающиеся займа, свидетельствовали о расцвете ростовщичества, взимании высоких процентов, с другой - о сохранении первобытных элементов самоуправления, расправы. Кредитору фактически предоставлялись неограниченные возможности для получения задолженности с помощью хитрости, принуждения, путем осады дома, захвата животных или сыновей должника, а также силы, "когда кредитор, схватив должника, приводит его в свой дом и держит, моря голодом и избивая его до тех пор, пока тот не заплатит долга" [12, с.36]. При этом ЗМ прямо предписывают царю штрафовать должника, жалующегося на кредитора,

добивающегося уплаты долга по "произволу". Исследования подтверждают, что государство оказывало взаимодействие при погашении долга должником. Также закон устанавливает размер процентов 2 % в месяц для брахмана, 3 % для кшатрия, 4% и 5 % для шудры, указываются средства обеспечения: среди них поручительство другого и залог вещи. Невозможность уплаты долга приводила долговому рабству. Например, глава I Наряды "Невозвращение долга" излагает ряд правил, касающихся таких споров: "где наследство там долг", "долг женщины не падает на мужа", "женщина имущество мужа, даже покойного, отсюда правило - ее сожитель после смерти мужа должен вернуть его долги", "долговые отношения связывают и человека, обещавшего дар". Эти сведения подтверждает, что долговое отношение возникает и сохраняет свой статус в любое время.

По ЗМ при начислении процентов оговаривалось, как мы уже отметили выше социальное положение, проценты по долгам различались в зависимости от того, в каком количестве и, что было взято займы; деньги, зерно, к какой варне принадлежал должник. Попытки фиксации процентов по долгам, направленные на предотвращение полного разорения земледельцев, плательщиков налога, вряд ли были эффективны, так как они наталкивались на действие разнообразных норм местного, обычного права. Артхашастра, ограничивая ростовщический процент, признает тщетность этих попыток в государстве. В интересах слабого была предусмотрена не только фиксация процентов, но и декларативное запрещение злоупотреблений со стороны кредитора при получении долга, прекращение роста процентов по долгам в случае болезни, обучения, несовершеннолетия должника.

В Артхашастре оговариваются обязательства по выплате долгов мужа женой, что свидетельствует о признании за женщиной больших прав, чем по дхармашастрам. Она не привлекалась к выплате долгов мужа, если не принимала их на себя, а муж, вопреки общему правилу, мог привлекаться к выплате долгов жены, если уехал, не обеспечив ее средствами существования.

Обязательственные отношения преобладали и в Законах Хаммурапи. В Законах Хаммурапи имеется ряд статей, регулирующих аренду земли, игравшую основную роль в земельных отношениях того времени, упоминаются данные о различных видах имущественного найма помещения, домашних животных, судов, повозок, рабов. Широко был распространен договор личного найма. Кроме сельскохозяйственных рабочих, нанимали врачей, ветеринаров, строителей [14].

Сам факт большого количества статей в ЗХ, связанных с ответственностью арендатора земли, свидетельствует о распространении кабальных условий займа, найма, аренды земли, от которых страдали, прежде всего, бедняки. Так, например, по ЗХ долг мог быть погашен за счет имущества должника, отработки долга самим должником, его женой, детьми. Арендатор земли должен был не только уплатить арендную плату, которая достигала 2/3 урожая, но и вернуть землю обработанной [12, с.12]. Найденные материалы свидетельствуют о частых сделках жриц Шамаша в Сиппаре, передававших землю в аренду при условии не только арендной платы, но и различных подношений арендатора храмам. Арендатор платил полностью оговоренную сумму за аренду чаще вперед, реже в

договор включались условия о выплате части урожая. Для стимулирования аренды целины дополнительно к ней в аренду передавался и обработанный участок, чтобы малоимущий арендатор мог прокормиться с поля, пока он поднимает целину. Эти данные свидетельствуют о развитии договора аренды.

Также ЗХ рассматривают нормы о найме работника, земледельца. При этом различаются найм лиц "благородных" профессий: врачей, строителей, корабельщиков и найм сельскохозяйственных работников, а также рабов [12, с.21]. Характерно, что размеры оплаты услуг врача зависели в ЗХ от социального положения пациента: при успешной хирургической операции врач получал 10 сиклей серебра, если больной был авилумом; 5 сиклей - если он был мушкенумом; только 2 сикля уплачивалось хозяином, если больной был рабом.

Специально предусмотрены в законах условия найма земледельца. Статья 257 ЗХ оговаривает своего рода заработную плату, выдаваемую ему серебром или хлебом, которая была более высокой в летний период основных полевых работ [12, с.24]. Ст. 256 ЗХ гласит, наемный работник, не вырастивший хлеб на поле, укравший семена, изнузивший скот хозяина, должен был уплатить штраф зерном. Неуплата штрафа грозила ему жестокой смертью - его разрывали с помощью скота на части [12, с.24]. Иногда при заключении договора найма работника в качестве условия оговаривалась возможность "кражи чего-либо", в случае совершения которой нанявшийся терял наемную плату, даже если вором был не он. Исходя из вышеизложенного, можно утверждать, что ЗХ рассматривает долговое обязательство с точки зрения уголовной ответственности.

Иное положение, содержат обязательственные отношения, личного найма в Древнем Китае. Так на основании исследований можно заключить, что личный найм в Китае происходил в результате имущественного расслоения общины, разорения мелких производителей и крестьян, способствующих широкому развитию аренды земли и личного найма. Разорившиеся общины и земледельцы поглощались царскими и храмовыми хозяйствами, пополняли ряды рабов и зависимых арендаторов.

Право Месопотамии закрепляло широкую палитру форм личной зависимости. Например, зависимость раба от господина отличалась от зависимости незамужней дочери от отца, имевшего право продать ее в рабство.

Распространенной формой личной зависимости была долговая кабала, которая при определенных условиях приводила человека в рабство, например в случаях, когда сын должника передавался храму или продаже за границу. Но должник, отрабатывающий свой долг кредитору, не был рабом. Об этом свидетельствуют те статьи, которые ограничивают срок отработки долга тремя годами, по их истечению должник освобождается от долга кредитора. Не мог безоговорочно распоряжаться человеком, отданным в залог, и кредитор, по САЗ он не имел права продать в жены отданную ему в залог девушку без разрешения, ее отца. Лишь при неуплате долга, когда должник переходил в собственность кредитора, он мог продать их в рабство [17, с.86].

Исходя из имеющихся источников и их трактовки, можно заключить, что в Древнем Китае и в Месопотамии понятие договора личного найма не существовало, личный найм осуществлялся в форме зависимости или долговой кабалы. В ЗМ договор личного найма, хотя рассматривается, но не применяется, найменный труд презирался высшими варнами, услужение характеризуется как "собачий образ жизни", а брахману всячески рекомендуется избегать его. Крайне тяжелы были и условия личного найма, по ЗМ, VIII, ст. 217 найменный работник, не выполнивший работу, подвергался штрафу, ему не выплачивалась найменная плата, даже если он был болен и работа, в связи с этим была немного не законченной [12, с.41].

Но в то же время в судебных процессах рассматривались иски невыплаты жалованья пастуху, торговцу, возчику, плата проститутке, которые могли быть возмещены через суд в двойном размере. Судя по данным источникам, можно заключить, что договор личного найма приобретал характер долговой кабалы.

При анализе обязательственного права отдельных стран можно отметить, что примечательной особенностью обязательственного права в Китае был его автономный характер, представители власти не участвовали в заключении обязательств, лишь в тех случаях, когда отдаются в залог общественные или частные вещи, сделка оформляется частным документом, и представители государственной власти не вмешиваются. Однако если нарушен закон, взимается процент (рост), свыше установленного контрактом, тогда вмешиваются чиновники.

Второй особенностью института обязательства в Китае было то, что обязательства понимались не как объективные, а как следствие состояния субординации. Обязательство подписывала та сторона, которая просила чего-либо. Имело значение и социальное положение сторон. Неравенство сторон определялось и необходимостью «просителю», например, заёмщику иметь поручителя, при купле-продаже иметь маклера. Составление письменного контракта придавало ему особую силу, отличную от сделки, заключённой посредством устного договора или каких-либо действий. Закрепление сделки её записью придавало контракту совершенно особый авторитет и престиж, он представлял сторонам в тот момент конкретные доказательства определённой сделки [14].

Контракт подписывали или ставили на нём заменяющие подпись знаки, нередко модификации части иероглифа имени. Неграмотные ставили крестики или иные подобные им значки, или прикладывали отпечатки пальца мужчины правой руки, женщины левой.

Сделки по продаже земли, недвижимости, рабов и скота регистрировались органами государственной власти, со сделки взимался налог. Регистрация сделки в местной администрации означала, что сделка завершена. При династии Тан также происходили регистрации сделок, но остаётся неясным, брался ли при этом налог. При Сун купчие скреплялись в местной администрации казённой печатью, и налог взимался в размере 40-60 монет с тысячи.

Как было упомянуто выше, при продаже земли первыми на её покупку имели право родственники и соседи продавца. Кодекс Сун устанавливал: «Вначале спрашивают родственников, если родственники не желают покупать, то затем вторыми спрашивают соседей, если не желают покупать и они, то право на это получают посторонние лица». На продажу земли выдавался документ местного управления. При оформлении сделки требовалось, чтобы глава семьи или кто-то старший по поколению или по возрасту из семьи, продающей землю, имел дело непосредственно один против другого с покупателем, «хозяином денег», или с родственником «хозяина денег», или с его доверенным лицом, и только эти лица могли подписывать купчую. Если же младшие члены семьи самоуправно действовали от имени главы семьи и продавали землю, то сделка считалась незаконной и расторгалась, земля и деньги возвращались соответственно главе семьи и покупателю.

Однако власти тоже, были заинтересованы в поступлении поземельного налога, именно поэтому требовалась неукоснительная регистрация каждой сделки на куплю-продажу земли, и при регистрации таковой имя продавца вычёркивалось из списков владельцев земли, а имя покупателя в эти списки заносилось. При действии надельной системы запрещалась продажа земель подушного надела «коуфэньтянь». Всякий, продавший 1 му земли коуфэньтянь, получал в наказание 10 тонких палок, за каждые дополнительные 20 му мера наказания увеличивалась, на одну степень и наказание ограничивалось 100 толстыми палками, земля возвращалась первоначальному хозяину, покупная цена конфисковалась и не возвращалась.

В связи с этим, при продаже земли обязательно оговаривалось, что продаются недра (то, что в земле) и поверхность земли но, ни то, что на поверхности земли (деревья, камни, загоны для скота). Позднее право Китая признавало принцип «два хозяина одного поля», когда один из хозяев владел «поверхностью» поля, а второй сохраняя права на недра. Купчие на продажу земли включали описание участка, его размеры, местонахождение, указание на покупную цену и её передачу, поручителей и свидетелей. Отдельные сведения подтверждают, что китайское право в частности уделяло внимание купле-продаже земельной собственности. В исследовательской литературе касающейся законодательства древневосточных государств, часто встречается законодательство Месопотамии, которое регулировало договор мены. В САЗ говорилось главным образом о договорах, связанных с транзитной торговлей, хранения, перевозки, товарищества [17, с.84].

По закону САЗ все сделки делились на две группы: с отчуждением вещи и без такового. Первый вид сделок, в силу традиционных представлений о тесной связи вещи с жизнью индивида, требовал выполнения более строгих условий, чем второй: письменного договора, клятвы, присутствия свидетеля и пр. К ним относились договоры купли-продажи, дарения, раздела наследства, усыновления. В письменном договоре купли-продажи требовалось точное обозначение объекта купли, удостоверение собственнических прав продавца на

вещь, чтобы оградить покупателя от иска со стороны третьего лица, от обвинения в краже, от притязаний государства. Этот договор мог включать в себя обоюдный или односторонний отказ от иска и обещание не оспаривать законченную сделку, скрепляемую часто специальной прибавкой к договорной цене "вартум". После уплаты цены договор купли-продажи мог, быть расторгнут только при определенных обстоятельствах, например при преднамеренном сокрытии продавцом дефектов вещи. В ЗХ ст.278. отмечается, например, о продаже раба, страдающего эпилепсией. Договор в этом случае мог, быть расторгнут в течение одного месяца [12, с.24].

Жесткие требования договора купли-продажи о немедленной плате обходились путем оформления фиктивной купчей, наряду с которой оформлялась и долговая расписка. Число свидетелей при такой сделке доходило до трех десятков. Эти "кредитные сделки", в основном касающиеся приобретения земли, при которых не требовалось немедленной уплаты за проданную вещь, скреплялись в Ассирии свидетельством царя и общины.

Для договора купли-продажи в Законах Ману характерным было то, что кастовые барьеры накладывали ряд ограничений на возможность заниматься торговлей. Глава XI, ЗМ ст. 60,62, гласит «сама продажа, и продажа родственников в рабство влекла за собой изгнание из касты» [12].

Слабое развитие товарно-денежных отношений в Индии отразилось на некоторой нестабильности договора купли-продажи, который, мог, быть расторгнут в любое время, по ЗМ течение 10 дней. Для укрепления торговых отношений в законах также в судебных процессах отдельно стали разбираться иски и жалобы, как не передача проданного или отказ от купленного [17,с.104]. Также, расторгнуть договор купли-продажи, согласно закону, можно было в тот же день или на второй день с уплатой неустойки. В Артхашастрах отказу от проданного или купленного как поводу судебного разбирательства была посвящена целая глава, где рассматривались и вопросы отказа от заключенного брака, при выявлении недостатков у жениха или невесты. Особо оговаривались сроки расторжения сделок о продаже, животных (1,5 месяца) и людей (1 год) [17,с.104]. При исследовании договора купли-продажи можно видеть отличие в старом китайском праве от современного понятия «купли-продажи» наличием мотивов сделки: такой-то, нуждаясь в такой-то вещи, покупает её, а такой-то, нуждаясь в средствах, продаёт её. Составлению купчей, заключению сделки предшествовал торг. С эпохи Хань Китай знал продажу в кредит, однако в нормах права, регулировавших продажу в кредит, сведения отсутствуют. В Китае XII веке покупная цена могла исчисляться в деньгах, зернах, тканях. В тех случаях, когда покупка совершалась на зерно или ткани, куплю-продажу трудно отличить от обмена [14].

При купле-продаже старое китайское право различало куплю-продажу обычных вещей от земли, недвижимости, людей и скота. При купле-продаже обычных вещей, как правило, не требовалось составления купчей.

Следовательно, на покупку земли, недвижимости, скота и людей обязательно требовалось составление купчей. В купчей всегда должны были быть указаны продавец, покупатель, покупная цена. При купле-продаже

земли, недвижимости, скота, людей сделка без купчей не имела силы передачи права собственности. В Китае издавна было установлено, что лишь составление купчей порождает передачу права собственности. Продавать землю мог только глава семьи или старший по возрасту или поколению родственник. После составления купчей отказываться от сделки было нельзя. Если после составления купчей кто-то первым отказывался от сделки, ему полагался штраф.

В частности, при заключении договора на куплю-продажу земли, недвижимости, людей обязательно требовались поручители и свидетели. Вместе с продавцом поручитель выступал гарантом перед покупателем. Поручитель имел право на угощение. Этот обычай существовал в Китае, по меньшей мере, с династии Хань. Расходы на угощение указывались в купчей, продавец и покупатель обычно делили их пополам.

Кодекс Тан устанавливал: «При покупке рабов, верблюдов, мулов, ослов, лошадей, быков и коров, если покупная цена передана, а купчая не составлена, то по прошествии трёх дней покупателю 30 тонких палок, продавцу мера наказания уменьшается на одну степень. Если после составления купчей [раб или животное] окажутся старыми или больными, то в течение трёх дней [продавший больного или старого человека или животное] может раскаяться. Если [раб или животное] не заболел, но имел место обман, то нарушившему совершение торговой сделки в соответствии с законом - 40 тонких палок. Если [раб или животное] уже проданы и покупная цена уже передана полностью, но по прошествии трёх дней после этого купчая не составлена, покупателю 30 тонких палок, продавцу мера наказания уменьшается на одну степень... » то есть использовалась мера ответственности [14].

Кроме того, купчая на рабов и скот выдавалась администрацией рынка на основании официального удостоверения на продаваемых рабов и скот, оформленного властями того места, откуда они были доставлены на рынок. Кодекс Тан предусматривал такой случай: покупатель знал, что приобретает рабыню, которая является незаконным приобретением продавца. От этой рабыни родился ребёнок. Такой покупатель с самого начала сознательно нарушал закон. Ребёнок от рабыни не признавался свободным, а рассматривался естественным приростом и вместе с матерью подлежал возврату подлинному хозяину. Источники сообщают во времена Чжоу об обмене и возможности покупки рабов. Известен и такой случай, когда женщины-рабыни были предложены в виде взятки человеку, от которого зависело решение уголовного дела.

Из этого следует, что обязательственные отношения личного найма, найма животных, договора купли - продажи имели место во всех древневосточных государствах, но с отличительными особенностями.

Обязательственные отношения выступают не только при купле-продаже, но и в договоре ссуды, займа, найма, мены.

Особое внимание заслуживает рассмотрение вопроса ссуды в Древнем Китае. Так Древнекитайские Кодексы не содержат никаких указаний о нормах

права, регулировавших ссуды, получаемые от частных лиц, но уделяют много внимания ссудам, получаемым от казны [18].

Если чиновник, в ведении которого находилось казённое имущество, сам себе ссужал вещь или ссужал её кому-либо другому, то это наказывалось 50 тонкими палками, а по прошествии 10 дней трактовалось как незаконное присвоение имущества с уменьшением меры наказания на две степени. Как указывает кодекс, под ссужаемыми вещами в данном случае понималась одежда, постельные принадлежности, палатки, утварь. Предельной мерой наказания за такое незаконное пользование вещью было два года каторжных работ.

Следует отметить, что если кто-то просил казённую вещь по случаю свадебного торжества или траурного события в семье и по прошествии десяти дней не возвращал её, то наказывался 30 тонкими палками, за каждые последующие десять дней просрочки мера наказания увеличивалась на одну степень, и по прошествии 80 дней могла составить 100 толстых палок. Если вещь была ссужена другому лицу, а оно было не в состоянии её вернуть, убыток возмещал казне чиновник, виновный в выдаче такой ссуды.

Особо оговаривают китайские законы ссужение чиновником, в собственности которого находились рабы и скот, казённых рабов и скота самому себе или другим лицам. В данном случае только «сам факт одолжения» «цзе» наказывался 50 тонкими палками. Под «самим фактом одолжения» понималось одолжение одного раба или одного животного. Если чиновник одалживал небольшое число рабов или скота на большой срок или большое число рабов или скота пусть даже на короткий срок, то требовалось произвести оценку работы рабов или животных и преступление квалифицировалось как незаконное присвоение чиновником имущества «цзан». Сурово наказывалось одолжение ослов и лошадей, используемых на почтовой службе, а также незаконное одолжение казённых телег, лодок, мельниц, лавок. Например, использование казённой лошади в течение пяти дней каралось годом каторжных работ. Исследования подтверждают, что договор ссуды в Китае характеризуется в форме долгого рабства, как и в других странах.

Тем не менее, следует отметить, что наряду с договорами займа, ссуды в древневосточных странах применялся договор поклажи - хранения. На хранение в древне восточных государствах могли отдавать разнообразные движимые вещи. Договор поклажи был безвозмездным. В случае если поклажеприниматель отказывался возвращать вещь, то он допрашивался судьей, который проверял его честность. Например: ответчику под каким-либо предлогом подкладывали золото. Если он возвращал золото, то дело его прекращалось. Если нет - считался виновным. Он был обязан вернуть золото, вещь, кроме того, подвергался испытаниям и наказывался. Поклажеприниматель не отвечал за сохранность вещи при форс-мажорных обстоятельствах. Следовательно, этот вид договора приемлем всем выше перечисленным государствам.

Исследования, проведенные, по достоверным источникам свидетельствуют, что договорные обязательства в древневосточных, государствах начали развиваться с развитием товарно-денежных отношений, которые совершенствовались, приобретали жесткие требования в таких договорах как договор купли-продажи, о немедленной плате, применялись письменные документы (оформления фиктивной купчей, долговые расписки).

В частности, развивался механизм заключения договора: привлечение свидетелей, поручителей при сделках, в которых не требовалось немедленной уплаты за проданную вещь, а оформлением процентной стоимости.

Кроме того, в древневосточных государствах договорное обязательство переплеталось с уголовной ответственностью, много внимание во всех государствах уделялось высокопроцентным ставкам.

1. 2 История развития обязательственного права в европейских странах

Систематическое научное обобщение и изучение юридических обычаев народов началось не ранее XIX века. Хотя большая часть населения издревле принимала в своем быту обычаи, в том числе и юридические, что игнорировались в официальных кругах, которые как бы не замечали их и не признавали источником права. Однако жесткость в понимании источников права постепенно сменялась более умеренным отношением к обычаю.

Юридическое учреждение каждого народа теснейшим образом связано с общим состоянием его культуры. Каждая эпоха развития народа создает свои особые учреждения. Периоду широкого торгового оборота соответствуют иные юридические институты, чем стадии исключительно земледельческой жизни. Большое разнообразие потребностей вызывает и большее разнообразие юридических форм, в которых находят выражение и защиту житейские отношения.

В истории общественного развития древних государств, которые можно назвать переходными от натурального хозяйства к денежному первостепенную роль в социальной жизни играли два обстоятельства, а именно неравномерное распределение земли и быстрое возрастание долгов. Под их подавляющим влиянием складывались юридические нормы. В связи с этими явлениями стоит понимать и истолковывать многие отличительные особенности обязательственного права, что земля принадлежала в первую очередь в составе имущества семьянина. Род в течение всего времени пребывания на исторической арене оставался земледельческим народом. Земледелие считалось единственным занятием достойным древнего населения. Это та стадия экономической жизни, когда нет еще народного хозяйства, а есть только род частных хозяйств, состоящих совсем изолированно. Продуктивной единицей для них будет не государство, а родовая община, семья, которая может обходиться и с помощью такого несовершенно и недостаточного орудия обмена как скот. Но даже те куски меди, серебра, которые в более позднее время постоянно функционировали в купле-продаже, как эквивалент продуктов

и они не свидетельствуют о том, что в древних государствах оставалось много потребностей, неудовлетворенных средствами его семьи.

Действительным моментом возникновения общения между отдельными родами на почве имущественных интересов может считаться только время появления чеканной монеты. Отсюда можно сделать вывод, что истинным источником богатства может быть одна земля, а истинным хозяином один землевладелец.

В этой системе хозяйства возникают обязательственные договора, объектами которых был свободный труд и земля.

Афинская правовая система различает обязательства из договоров и обязательства из причинения вреда "вольные" и "невольные" обязательства. Для данных форм права основанием возникновения договоров считалось соглашение сторон, не требовавшее особых формальностей. Но наиболее важные договоры заключались, как правило, в письменной форме, и соответствующий документ подписывался или обеими сторонами при договоре купли-продажи, или одной обязанной стороной при договоре займа [17, с.195].

Договорное обязательство обеспечивалось задатком, поручительством третьих лиц и залогом, до реформы Солона договор займа обеспечивался и само залогом должника. Если от ответственности договора отказывался покупатель, он терял свой задаток, продавец же был обязан вернуть двойную сумму задатка. При поручительстве материальные гарантии исполнения договора брали на себя третьи лица. Особое значение занимает залог земли - ипотека. При ипотеке заложенная земля оставалась во владении и в пользовании должника, лишённого правом распоряжаться ею. По условиям, оговоренным в договоре неисполнение обязательства должником, заложенные движимые вещи находились во владении кредитора, который мог в любое время их продать, если должником не выполнено обязательство.

Кроме того, институт договора купли-продажи занимает определенное место в древнегреческой правовой системе. В связи с широким развитием торговли, как в самой Греции, так и с соседними странами; наравне с куплей продажей был развит заем, у ростовщиков были большие проценты до 20%; имущественный наем движимости, в том числе и рабов и недвижимости особенно домов метеками, не имевшими или имевшими ограниченное право приобретать дома; личный наем и некоторые другие. Правовая система рассматривает и договор товарищества, по которому несколько лиц вносили средства в общее имущество для достижения каких-либо целей. Доходы и убытки товарищества распределялись между его участниками так, как это было обусловлено договором, или пропорционально сделанному взносу [17, с.196] Вышеизложенные материалы подтверждают, что обязательства вытекали из договора.

Также, обязательства из причинения вреда возникали при нанесении ущерба имуществу повреждение или истребление имущества, причинение убытков. Они влекли за собой возмещение ущерба, а вред, причиненный сознательно, возмещался в двойном размере. Ответственность возникала и тогда,

когда вред был результатом действий подвластных лиц детей, рабов. Раб мог быть передан потерпевшему в компенсацию за причиненный ущерб.

В древнейший период при неразвитости товарно-денежных отношений договоры были еще немногочисленными и отличались ярко выраженным формализмом. Именно внешняя оболочка, а не содержание определяли природу того или иного контракта, в форме которого могли быть выражены самые различные обязательственные отношения. Другая черта древнейших договоров их односторонний характер. Правом требования наделялась в договоре лишь одна сторона кредитор, на другую сторону должника возлагались только обязанности. В числе контрактов, наиболее ярко отражавших черты раннерабовладельческого права, был «нексум», в форме которого выражались самые различные обязательственные отношения, в том числе аренда, отчуждение собственности, заем. Этот договор заключался в присутствии пяти свидетелей и весовщика посредством "меди и весов". Он состоял в фиктивном обряде отвешивания меди и в произнесении особой словесной формулы кредитором, в которой определялась суть обязательства должника размер долга [13, с.182].

По законам XII таблиц, если должник не возвращал в срок установленную таким образом сумму, кредитор мог "наложить на него руку" и держать его в течение 60 дней в заточении в своем доме. За это время должник трижды выводился в базарные дни к претору на Форум, где объявлялась сумма его долга, а затем он продавался в рабство за границу. В Законах XII таблиц говорилось даже о том, что должник, не вернувший деньги сразу нескольким кредиторам, мог быть разрублен ими на части [19, с.58].

Но, в таких случаях еще использовались и особые соглашения об отработке долга. Но наиболее характерная черта этого договора состояла в том, что взыскание было направлено на саму личность должника. В древнейший период, как это можно видеть в Законах XII таблиц, обязательства возникали не только из договоров, но и из деликтов правонарушений. Но большинство предусмотренных в квинритском праве деликтов не считались нарушением общественного интереса, а рассматривались как посягательство на права частного лица, как частный деликт, совершение которого как бы ставило обидчика в положение должника потерпевшего.

Однако, когда вместо ответственности «талиона» утвердилась одна имущественная ответственность, резко возросло значение залога как наиболее эффективного средства обеспечения обязательства.

Залог или вручение какой-либо ценной вещи кредитору в качестве средства обеспечения долга было известно в Риме с глубокой древности, однако единственным средством побудить кредитора залогопринимателя вернуть вещь была угроза бесчестия. В период империи залог приобретает законную силу, было постановлено, что при неисправности должника заложенная вещь поступает в продажу, но так, что должнику возвращается излишек, вырученный против суммы долга. Но ранее выделяется вид залога, ипотека. Земля, поступившая в ипотеку, оставалась до времени в руках ее собственника. Обработывая ее, он мог с

большей надеждой трудиться для возвращения займа. При не выплате долга, земля поступала в собственность кредитора.

Помимо того, средствами обеспечения служило поручительство третьего лица, задаток. Поручитель в узаконенной форме принимал на себя то же обязательство, что и должник; ему давалось при этом право «обратного», или «регрессного», требования к неисправному, не исполнившему обязательства должнику [13, с.94].

Наиболее разработанной частью римского права было обязательственное право, которое являлось юридической формой товарно-денежного обращения. В отличие от вещных прав, которые в случае отсутствия нарушений конкретных правоотношений, обязательства рассматривалось именно как правовая связь, по крайней мере, двух лиц. Римский юрист Павел подчеркивал, что сам смысл обязательства состоял в том, чтобы "связать перед нами другого в том отношении, чтобы он нам что-нибудь дал, сделал или предоставил" [20, с.116].

С развитием товарного отношения обязательства в значительной мере утратили свой былой формализм, а также из односторонних превратились, в основном в двусторонние, поскольку каждая из участвовавших в нем сторон имела как права, так и обязанности. Ответственность должника по обязательству не затрагивала его личность и ограничивалась лишь пределами его имущества. Не все договорные связи в римском праве имели юридическую силу, некоторые соглашения носили неформальный характер, пакты не пользовались исковой защитой, хотя предусмотренные в них обязательства на практике обычно соблюдались.

В Древнеримском государстве в законах XII таблиц встречаются некоторые указания на существование в то время найма животных, дается понимание личного найма [20, с.185].

«Наем, консенсуальный контракт, возникает тем путём, что одно лицо предоставит за известную сумму денег пользование вещью или рабочей силой человека, а другое лицо обещает первому уплатить за пользование условленную сумму денег» [21, с.190]. Следовательно, обещание выступает как обязательство. Предметом обязательства согласно законам XII таблиц - это тот объект, по поводу которого заключен контракт или возникло правонарушение. Предметами обязательства согласно закону могли быть как материальные вещи, так и услуги [21, с.190].

Выше перечисленные данные подтверждают, что обязательственные отношения возникают также из договора найма, где за известную плату используется имущество или личная услуга, в частности из договора мены.

В древнеримском государстве непосредственное употребление вещи на свои нужды отличается от полного пользования всею производительною силою вещи, с извлечением и с присвоением плодов его произведений. Сообразно этому отличию различаются в найме имущества, простой наем от съёма или аренды. Хозяйственное и юридическое значение найма различается и по роду имущества, служащих предметом найма. Так, французский закон различает, в особых категориях, наем домовых помещений и движимостей, наем земель и сельских хозяйств, и наем скота.

Предметом найма служит известное, определенное имущество, не только свое, но и чужое; может служить не только материальное имущество, но и право, если оно, по свойству своему, способно к отдельному употреблению или пользованию [22, с.349].

Следовательно, не могут быть предметом найма имущества, неспособные к отдельному пользованию, например, сервитуты, нераздельно принадлежащие к имуществу, права индивидуальные в теснейшем смысле, которые нельзя отделить от личности, залоговое право, так как оно, по существу своему, вмещает, в себе не пользование, а распоряжение, отчуждение. Не подлежат найму вещи, по свойству своему потребляемые и назначенные для потребления, например, вино, хлеб, разве берутся на выставку и на показ [22, с.349].

Исследование подтверждает, что предметом договора могут, служит личный труд, личная работа и услуга: она составляет имущество рабочего человека, которое отдается в наем, в пользование нанимателя. Смотри по свойству работы или услуги, личное отношение нанимателя к нанимаемому неодинаково. Цель найма составляет личное услужение в доме, с исполнением работ или поручений всякого рода. Здесь наемщик становится хозяином, а нанимающийся слугою или рабочим. Важнейшею целью найма служат именно личная деятельность рабочего по указаниям и под надзором хозяина. В некоторых случаях целью найма могут, служит приобретение известного изделия, произведения или вещи производимых трудом и искусством рабочего, техника, художника. Здесь наниматель является заказчиком, а нанявшийся обязывается исполнить заказ по условиям договора и по воле заказчика, хотя и независимо от надзора с его стороны за работами. Это наем без личного подчинения; допускающие вполне свободное, независимое отношение виды найма для умственной работы, например, наем врача, адвоката, учителя. В условиях такого найма может даже входить известное подчинение не нанявшегося нанимателю, но наоборот нанимателя нанявшемуся [22, с.386].

Анализируя выше изложенное можно утверждать, что всякий человек, живя в гражданском обществе, имеет нужду в других, нуждается в помощи, в содействии. Покуда это содействие имеет вид добровольного, одностороннего, вызываемого и управляемого свободным сочувствием, оно не выходит из нравственной сферы и не касается юридической. В этом виде оно не имеет той определенности, той твердости, того постоянства, которая потребна для деятельности юридической и для достижения юридической цели. Чтобы установить твердое юридическое отношение, необходимо связать чужую волю, получить возможность управлять чужим действием, верно, рассчитывать на него, иметь на него требование. Эта цель достигается посредством договора, сделки, в силу которой один человек получает власть над действием другого человека и право требовать этого действия, а другой, по собственному свободному согласию, связывает свою волю и ставит часть своей деятельности в обязательное отношение к первому.

Следовательно, в соглашении должны иметь две воли, две стороны, одна против другой в нём требуется участие нескольких, но крайней мере 2-х лиц. Соглашение должно быть полное, совместное, обоюдное, причем обе стороны должны иметь в виду один и тот же известный предмет; когда соглашение еще не совершилось или еще в нерешимости, или одна сторона имеет в виду не тот или не совсем тот предмет, который имеет в виду другая нет еще договора. Соглашение должно быть сознательное; каждая сторона должна знать, чего хочет: тайная мысль, тайная цель, тайное желание не может входить в юридический состав договора [22, с.2]. Однако во всяком договоре есть непременно две стороны, но эти стороны не всегда в одинаковом отношении одна к другой.

Может быть, сделка такого рода, что каждая сторона принимает на себя положительное обязательство и каждая, стало быть, имеет положительное требование. Здесь в сделке одна сторона спрашивает, согласен, ли ты дать или сделать то-то? и получает положительный ответ, но вместе с тем и другая спрашивает: а ты согласен, ли сделать или дать то и то? и также получает положительный ответ. Таким образом, из договора возникает обязательство обоюдное. Каждая сторона имеет и обязательство, и требование должника и кредитора. Например, договор купли-продажи. Продавец должен передать вещь и имеет право требовать деньги. Покупщик должен заплатить деньги и имеет право требовать вещь.

Но может быть и так, что в договоре только одна сторона принимает на себя положительное обязательство; только одна сторона спрашивает, согласен, ли ты сделать или дать то и то? и получает положительный ответ. Таким образом, возникает обязательство одностороннее. Таков, например, договор о простом займе. Здесь только одна сторона положительно обязывается - должник заплатить деньги, а другая сторона кредитор имеет только положительное требование [20, с.162].

Обязательство тогда только может быть названо вполне действительным, когда с ним соединено право иска. Только при таком условии обязательство имеет значение, либо допускает требование юридическое, соединено, с правом требовать исполнения посредством общественной власти. В противном случае, как бы не было достоверно соглашение сторон с целью установить обязательство, соглашение это не имеет обязательной силы, производить действительного обязательства.

Есть такие обязательства, которые закон, по соображениям государственного или нравственного интереса объявляет недействительными, так же не подлежащими исполнению посредством общественной власти. Таково, например, обязательство малолетнего без согласия, попечителя; такова закладная, писаная дома на недвижимое имущество и таким становится всякое обязательство по истечении давности. С другой стороны, некоторым видам обязательства, закон присваивает особенно строгую силу.

Согласно древнейшему праву, источником обязательства может быть материальное исполнение установленного действия одной из сторон участвующих в договоре.

При этом рассматриваются три понятия обязательственного права:

- первый - тот, кто что-либо получает от другого;
- кредитор - тот, кто что-либо дает другому;
- долги - деньги, переданные должнику, указывающие на вещь, как на основание, и как на цель обязательственного требования.

Вот та почва, на которой происходит зарождение и развитие обязательственного права.

В истории последнего правда обнаруживается тенденция отрешения от материальной точки зрения, и расширения круга юридических фактов способных создать обязательства. Но процесс этого отрешения совершается очень медленно, причем каждая новая фаза его сохраняет, хотя в несколько видоизмененной форме, характерные особенности первоначальной стадии.

Характерная черта права германского общества в сфере договорных отношении, свойственность натурального мелкокрестьянского хозяйства, и слабое развитие товарно-денежных отношений. Кроме того, в Салической правде отсутствуют указания на общие условия действительности договоров, на свободное волеизъявление сторон, лишь подразумевается заключение таких договоров, как купля-продажа, мена, поклада, залог, заем, ссуда, дарение. Для данных форм права волеизъявление осуществлялось путем бросания другому лицу "в полу стебля", или, как известно по другим источникам, передачи двери при продаже дома. Фактический владелец движимой вещи был обязан доказать, что купил или выменял ее, в противном случае он мог быть объявлен вором [17, с.382].

Нарушение договора в Салической правде могло повлечь за собой не только имущественную, но и личную ответственность должника, в случае неисполнения обязательства, как правило, он становился рабом кредитора. Однако некоторые сведения правды, подтверждают, что, например, по Баварской правде, наряду с должником обращались в рабство его жена и дети [19, с.138].

Отличительная черта правды «договор займа». Кредитор мог взыскивать долг непосредственно, минуя судебное заседание. Если должник "не пожелает выплатить по обязательству" после того, как кредитор востребует долг, явившись к его дому в сопровождении свидетелей, он призывался кредитором в суд до трех раз, через неделю. При каждой неявке в суд с должника взыскивался штраф, долг мог быть взыскан путем конфискации соответствующей части имущества должника [19, с.140].

Исследования свидетельствуют, что в Баварской правде договора не рассматриваются, хотя встречаются некоторые подходы к формулировкам общих принципов договорного права: об условиях законности договоров, их нерасторжимости, о "пороке воли". "Договор или соглашения, как гласит ст.16.16., Баварской правды, мы не разрешаем никоим образом изменять, если они заключены письменно или при посредстве трех и более поименованных свидетелей, поскольку в них ясно обозначены день и год". И там же: ст.16.2., "Если продажа будет совершена при помощи насилия или из боязни смерти или

заклучения (в тюрьму), то она недействительна" [12, с.253]. Из этого можно заключить, что у франков четко определены обязательства.

Обязательственные отношения четко определяются и в Русском законе. Русский закон постановляет, что договоры должны быть исполняемы по точному разуму их, не уважая побочных обстоятельств и не взирая ни на какие особенности. Условия исполнения определяются волею сторон, насколько они не противны законам.

Способ исполнения договора зависит от свойства тех действий, которые по сущности договорного отношения составляют его принадлежность, сообразно тому не одинакова и ответственность обязавшейся сторон. Так, в Кассационном решении 1873 №235 справедливо указано различие исполнения в разных видах личного найма, именно в найме врача и в найме ходатая поверенного. В последнем, по договору доверитель уступает поверенному волю свою в ходатайстве по делу и в совершении по оному, согласно с усмотрением поверенного, потребных действиям деятельность поверенного зависит вполне от его воли, в пределах полномочия. Напротив того, деятельность врача по исполнению договорных обязанностей непременно должна быть вызываема волею другого лица, с ним договорившегося, которое не лишено права обращаться и к пособию других врачей. Из сего выведено, что в первом случае поверенный имеет право на вознаграждение, поскольку производила действительное ходатайство по делу, а в последнем случае врач имеет право на условленное вознаграждение за все время, хотя бы его и не приглашали для совета; если же приглашались другие врачи, то это не может еще служить признаком прекращения договорных отношений с нанятым на срок доктором [22, с.146].

Кроме того, когда в договоре установлен срок, то вообще до истечения его не может возникнуть требование. Точно также, когда в договоре постановлен срок, в течение коего должно совершиться действие договора, то прежде истечения этого срока действие договора не может прекратиться без обоюдного согласия сторон, не может быть одностороннего отказа от исполнения. Характерные черты договорного обязательства, русского обычного права более справедливое отношение к должникам.

Ф. Энгельс справедливо указывает: «ни одно законодательство позднейшего времени не бросает должника столь жестоко и беспощадно к ногам кредитора-ростовщика, как законодательства Древних Афин и Рима, и то и другое возникло спонтанно как обычное право, исключительно в силу экономической необходимости» [11, с.359].

Так, в законах XII таблиц выше упоминается сделка самозаклада (пехум) [23, с.365], древнейшая форма займа. Должник, если он в течение 30 льготных дней не может расплатиться с кредитором, попадает во власть последнего. Если должник или кто-либо за должника так и не уплачивает долг, то должник заключается в колодки или оковы и трижды выводится на площадь. В третий базарный день должник предается смертной казни или поступает в продажу за границу. Прямых данных о древней сделке «пехум» сравнительно немного. Пехум – долговое обязательство совершаемое в форме

манципации, то есть с помощью меди и весов в присутствии пяти свидетелей и весовщика. Важно выяснить, что породило это обязательство. Принято считать, что *пехум* – это древнейший вид денежного займа, что основывается, в частности, на переводе термина «*пехум аес*» как медь взятая займы. Но если определять *пехум* как самопродажу, то есть самоманципацию, то в данном случае кредитор является одновременно и покупателем. Если же он передает должнику деньги, то акт отчуждения на этом завершается и должник становится рабом кредитора, отношения с которым не могут породить обязательства. Поэтому можно утверждать, что «*пехум аес*»- это деньги, которые должник обязуется уплатить за вещь, переданную ему кредитором.

Ярким примером справедливого гнева должников против ответственности за долги является случай, описанный римским историком Титом Ливием: однажды кредитор вывел на площадь должника по древнеримской сделке само заклада (*пехум*) старого воина «истощенного от бедности и худобы», одетого в рубище, с обезображенной побоями спиной. Народ знал, что разорение постигло центуриона от войны, податей и непосильных процентов, поэтому поднял сильный крик; должники в оковах и без оков бросились на улицу, «умоляя квиритов о защите» [13, с.92]. Таким образом, постепенно личная ответственность должника исключается.

Г.Ф. Шершеневич писал: «У древних германцев свобода была постоянным обеспечением кредитора, который обращал неисполнительного должника в положение раба, а позднее, в средние века, подобный должник, если и не считался рабом, то все-таки был ограничен в своей свободе. Та же идея всюду господствовала во всем Востоке» [24,с.270]. Исследования подтверждают, что в раннеклассовой России имеется институт закупничества, наймитов; за неисполнение обязательства должник может продаваться в холопы. Например, допускается продажа в холопы, если купец пропьет чужой товар или злостный должник возьмёт у иностранного купца товар, а денег ему не отдаст. В первом случае кредиторы решают, дать ли должнику время для уплаты денег или же продать его; во втором должника продают с торгов, полученные деньги уплачивают иностранцу за его товар, а остаток распределяют между казной и другими кредиторами [25, с.14].

Так, с появлением денег во всех государствах как всеобщего эквивалента месть и натуральный выкуп заменяются обязательными фиксированными денежными штрафами, а неуплата долга влечет личную ответственность должника. Одновременно на формирование гражданско-правовой ответственности оказывают влияние развитие личности и укрепление государства. Развивающаяся личность требует ограничения произвола одного частного лица по отношению к другому частному лицу, а государство становится способным сначала ограничить, а потом запретить частный произвол одной личности над другой. Будучи прогрессивным, римское право устанавливает, что тело свободного не может являться собственностью и не подлежит оценке.

В России лишь к концу XVII в., утвердилась идея имущественной ответственности за нарушение договорного обязательства: «...вырабатывается

порядок обращения взыскания за долги не на лицо, а на имущество должника» [24, с.272].

Можно предположить, что в классическом частном праве Древнего Рима понятие - «гражданско-правовая ответственность» еще не сложилось, но ее основные черты уже начали определяться. Нарушитель привлекается к ответственности по частной инициативе под угрозой принуждения государства. Частная ответственность является имущественной. При причинении неимущественного вреда начинают оцениваться имущественные потери и появляются иски о возмещении вреда. При этом оценивается не только наличное уменьшение, но и другое ущемление имущественной сферы: начинает оцениваться имущественный интерес управомоченного лица. Возмещение убытков имеет место, как в договорном, так и в деликтном праве. Поэтому, несмотря на то, что общего принципа о возмещении вреда не сложилось, можно говорить «о возмещении убытков в обязательственном праве вообще...» [13, с.333].

Развитие личности приводит к тому, что общество начинает осознавать, что в определенных ситуациях и к определенным категориям лиц применение общих мер ответственности не только несправедливо, но и неправильно. Такое осознание ведет к тому, что постепенно, наряду с учением о воле и волеизъявлении, дееспособности вырабатывается и надолго укрепляется в праве принцип ответственности за вину. Как правило, в классическом праве Древнего Рима ответственность носит субъективный характер.

В исследовательской литературе касающейся правовой системы Франции отмечается, что длительное время в феодальной Франции замкнутый характер феодального хозяйства и территориальная раздробленность страны тормозили развитие товарно-денежных отношений, а, следовательно, и договорного права. Феодальный характер права проявлялся даже в таком договоре, как купля-продажа. В ранний период продажа вещей, прежде всего недвижимости, совершалась в торжественной форме, которая должна была обеспечить устойчивость договора. С XII в., особенно на юге страны, где уже сказывалось влияние римского права, важные сделки, например купли-продажи, начинают составляться в письменном виде, а в последующем утверждаться нотариусами. Так, например, продавец специально указывал, что действует "честно и без дурного намерения", что продаваемая вещь получена им по наследству или в силу 30-летнего добросовестного владения или иного срока приобретательной давности, что он принимает на себя ответственность в случае отчуждения вещи у покупателя. Первоначально необходима не только уплата цены, но и передача проданной вещи. С XIII в., с развитием торгового оборота такой договор возникал с момента его заключения сторонами, и его объектом могли выступать вещи, которые еще не были изготовлены.

Особо тщательно регламентировалась в правовой системе купля-продажа земли, за сеньором признавалось право преимущественной покупки продаваемого вассалом феода. Кроме того, он, как и родственники продавца, в течение установленного кутюмами срока имел право выкупа проданной земли.

Со временем нотариусы стали требовать присутствия при оформлении договора купли-продажи недвижимости, членов семьи продавца, включая детей с 14 лет. Система купли - продажи приводит, что продажа дворянских сеньорий и крестьянских держаний становится обычным явлением с зарождением капиталистических отношений. С XVII в., буржуа особенно охотно скупают дворянские земли, прежде всего вокруг городов, причем часто не с целью внедрения новых методов хозяйствования, а лишь с тем, чтобы иметь возможность взимать с крестьян феодальную ренту. Нередко объектом купли-продажи становилась не сама земля, а именно связанные с ней рентные права.

Характерные черты зарождения феодальных отношений, можно увидеть и по источникам о договорах купли – продажи недвижимости в России, которые свидетельствуют, что «...договоры купли-продажи недвижимости должны были оформляться письменно и "купчей крепостью" (скрепляться подписями свидетелей и регистрироваться в приказах). Купля-продажа движимого имущества производилась словесным соглашением и передачей вещи покупателю» [26].

Во всех законодательствах купля-продажа отнесена к договорам. В системе римского права, купчая изъята из договоров и отнесена к способам приобретения права собственности. При составлении свода законов Сперанский имел в виду такую мысль, что договор о купле-продаже существенно отличается от купчей; «Купчая крепость, говорит он, никогда не считалась обязательством: это производит не иск, и процесс по ней не принадлежит к исковым процессам, лишь к вотчинным или крепостным» [21]. Исследования подтверждают, что в правовой системе различает понятие «продажи» продажа есть контракт, в силу которого одна сторона обязуется передать другой имущество (вещь) за цену, которую другая сторона обязуется уплатить. С этим определением согласны и все прочие законодательства. Стало быть, там, где продажа, прежде всего, возникает обязательство, а потом уже переносит собственность посредством передачи. Но по идее нашего закона продажа есть действие, коим одна сторона передает другой вещь за определенную цену. Выражением этого действия в России относительно недвижимых, служит купчая крепость. Здесь продажа переносит собственность и вместе с тем производит доказательство, действие коего простирается на будущее время. Движимые имущества продаются без актов, и передача совершается вручением.

Таким образом, в системе обычного права продажа отличается от договора купли - продажи. Купчая есть акт окончательный, есть самая передача, а соглашение о продаже предшествует ей, и в купчей выражается результат его - переход имущества от одного лица к другому признаком этого перехода служит купчая крепость, так что выдачею его и переходом права исполняется предшествовавшее ей и отдельное от него словесное или письменное соглашение. Разумеется, однако, что и с переходом собственности не заканчивается еще всякое отношение между продавцом и покупщиком. Между ними возникает отношение договорное, последующее

за продажей и возникающее из продажной передачи, но это отношение следует за передачей имущества, а не имеет целью самую передачу.

В исследовательской литературе договор о купле-продаже именуется запродажной. Запродажная включена в систему обязательств. На основании договора о продаже, одна сторона обязывается продать (действительно передать в собственность, перекрепить) другой стороне имущество, к назначенному сроку и за известную цену [22, с.317].

Следовательно, купля-продажа представляет собой договор, согласно которому продавец обязуется передать в собственность покупателю вещь, товар, а покупатель принять товар и уплатить за него покупную цену. Существенными элементами договора купли-продажи является товар и цена.

Характерной особенностью обладает договор займа в России. Договор займа в XVI - XVII вв., составлялся только в письменной форме. Для сглаживания социальных противоречий размеры процентов по займам ограничивались 20%. В уложении 1649 года предпринимается попытка запрета взимания процентов по займам, но на практике займодатели продолжали брать проценты. Договор сопровождался залогом имущества. Заложная земля переходила во владение кредитора (с правом пользования) или оставалась у залогодателя с условием уплаты процентов до погашения долга. При неуплате задолженности земля переходила в собственность кредитора. Движимое имущество при залоге тоже передавалось кредитору, но без права пользования [26].

В X - XI вв., когда купля-продажа имущества была еще сравнительно редким явлением и не совмещалась с представлениями о феодальной чести, получил развитие договор дарения. Нередко этот договор маскировал сделку купли-продажи, становился фактически двусторонним и возмездным. Получатель подаренного имущества принимал на себя обязательство передать дарителю в знак благодарности определенное имущество (лошадь, оружие и т. п.). Договор дарения использовался также для обхода предусмотренных во многих кутюмах ограничений на завещания. В свою очередь в обычном праве постепенно устанавливаются ограничения для дарителя, в частности связанные с дарением родовых имуществ. В 1731 году специальный королевский ордонанс о дарениях упорядочил и кодифицировал обычное право, запретив посмертные дарения (замаскированные завещания), если они не были специально предусмотрены брачным договором.

В Соборном Уложении России отражена достаточно развитая для того времени система обязательств, вытекающих из договора, которые стали обеспечиваться не личностью, а имуществом ответчика. Ответственность не была индивидуальной. Долги по обязательствам переходили по наследству.

Из этого можно заключить, что обязательства, вытекающие из договора, носили обязательственное исполнение, а именно:

- объектами договора могли быть движимые вещи, надлежащего качества, веса и объема. Продавцом мог быть только собственник вещи. Соборному Уложению известны и обязательства из причинения вреда (например, возмещение ущерба, вызванного потравami полей).

Обязательства из причинения вреда. Они возникали из причинения вреда имуществу другого, (пастух был обязан возместить потерю животного, если не мог доказать, что старался предупредить потерю. За потраву он отвечал только в случае, если участок был огорожен и из причинения вреда другому лицу (за вред, причиненный лицу при движении повозки, отвечал не только кучер, но и хозяин повозки тоже).

Обязательства из причинения вреда предусматривали возмещение причиненного вреда в случаях:

- нанесения ущерба ирригационным сооружениям;
- неосмотрительности пастуха, по вине которого скот пасся на чужом поле;
- порубке дерева в чужом лесу;
- столкновения судов (отвечал плавающий вверх по реке)
- ранение в драке;
- нечаянного убийства раба или рабыни.

Соборное Уложение много внимания уделило формам заключения договоров. Наибольшее значение приобретала письменная форма заключения договоров (крепость, кабала), а для некоторых, наиболее важных (например, купчая на земли или дворы) - крепостная, требовавшая официального засвидетельствования или регистрации в учреждении.

По Указу 1635 г., судам запрещалось принимать дела по займам, покладам, ссудам, если не имелось письменных документов [27].

Соборное уложение 1649г., грамоты на полное холопство, служилые кабалы, отпускные грамоты, купчие на лошадей обязательно должны были быть «крепостными». Соборное уложение 1649 - 1558 гг., такая форма стала обязательной для купчих на недвижимость, а также для договоров поклада [27].

По Уложению России всякие акты должны были писаться площадными подьячими при свидетелях. По более важным делам на купчие и закладные на вотчины и дворы свидетелей должно быть 5-6 человек, по менее важным два, три человека. Неисполнение договора влекло за собой уплату неустойки.

Если покупатель приобретал вещь, на которую продавец не имел права собственности, он должен был вернуть вещь законному собственнику и доказать свое незнание того, что продавец не имел права собственности на вещь. Определялся порядок признания договора недействительным. Недействительными считались договоры, заключенные в состоянии опьянения, с применением насилия или путем обмана.

Большие изменения Соборного Уложения 1649г., касались области вещного, обязательственного права. Сфера гражданско-правовых отношений была определена достаточно четко. К этому побуждали развитие товарно-денежных отношений, формирование новых типов и форм собственности, количественный рост гражданско-правовых сделок.

Предписана имущественная ответственность при нанесении ущерба, полагалось, что сделки, заключенные в состоянии опьянения, считаются недействительными. Имущество в договорах должно принадлежать сторонам

договора на законном основании. В некоторых случаях государственные органы принудительно прекращали договоры или продлевали их.

С XII в., начинается «и захватывает большинство государств Западной Европы один из важнейших исторических процессов всей эпохи феодализма - рецепция римского права» [23, с.11].

Наибольшее значение римское право имеет во Франции и Германии. В XIX в., оформляются буржуазные отношения и созревают экономические, социальные и политические предпосылки кодификаций. В 1804 г., во Франции принимается Кодекс Наполеона (ФГК), в 1900г., вводится в действие Германское гражданское уложение (ГГУ) [28, с.286].

С принятием кодексов римское право формально утрачивает силу на территории соответствующих государств, «но все самое ценное из него... продолжает по существу жить и теперь в новых кодексах Европы...» [29, с.242].

Однако в XVII-XVIII вв., юристами естественно-правовой школы в особенности провозглашается общий принцип «каждый ответствен за вред, который он виновно причинил» [29, с.362].

Провозглашение этого принципа обусловлено объективными факторами. Можно предположить, что с развитием общества, в том числе имущественных отношений, умножаются и разнообразятся жизненные задачи и интересы, которые начинают все чаще сталкиваться. Невозможность урегулирования каждого конкретного случая становится очевидной, право тяготеет к общим нормам, в том числе, в части гражданской ответственности.

Римский принцип ответственности за вину прочно укрепляется в правовых порядках Европы и сохраняется в Германии и во Франции до конца XIX в., поддерживаемый идеями либерального индивидуализма: свобода деятельности индивида должна ограничиваться его ответственностью за убытки, если он виновно нарушил обязанность вести себя в соответствии с общим правилом действовать осмотрительно. Однако все более начинают говорить об объективной ответственности.

Принцип объективной ответственности начинает прописываться в позитивном праве. И это вызвано не столько желанием законодателя, сколько назревшей необходимостью.

Ответственность в континентальном договорном праве часто основывается на принципе вины. При этом вина нарушителя презюмируется [28, с.286].

Хотя, например, французское право различает случаи, когда должник пообещал результат или пообещал принять все разумные меры к исполнению. В первом случае для освобождения от ответственности должнику необходимо доказать, что договор был нарушен в результате форс-мажорных обстоятельств; во втором достаточно доказать отсутствие вины. В отличие от континентального договорного права общее право не ставит вопрос о вине, а основывается на том принципе, что в каждом договоре должник дает опреде-

ленные гарантии. Если должник нарушает договор, то он ответствен за убытки, причиненные таким нарушением вне зависимости от вины.

Базируясь на праве Древнего Рима, европейский законодатель не вырабатывает единых, стройных принципов для договорной и внедоговорной ответственности. Положительной тенденцией является то, что английское и германское право дает возможность истцу решать: предъявлять иск по правилам договорного или же деликтного права [29, с.390]. Французское же право, как правило, не допускает кумуляцию этих исков; в исключительных случаях разрешается взыскание убытков, причиненных нарушением договора по правилам деликтного права, если должник освобожден от ответственности условием договора, а истец доказал вину должника.

Кроме того, необходимо отметить, что, следуя за римским правом, в Европе все более защищается материальная сфера управомоченного лица даже при регулировании последствий причинения вреда жизни и здоровью: решаются вопросы имущественных последствий нарушения чужого имущественного или неимущественного права.

Римскую точку зрения о том, что иск о компенсации морального вреда является штрафным, усваивает и «юриспруденция новых народов». Еще в настоящее время весьма распространено учение о том, что возмещение нематериального вреда не может входить в задачи гражданского права: этот вред, во-первых, не может быть оценен на деньги, а, во-вторых, если бы даже такая оценка была каким-нибудь образом возможна, она была бы нежелательно, так как унижала бы те самые духовные блага, которые желают возвысить и охранить» [9, с.139].

Главная, хотя и не исключительная цель его в гражданском праве, есть установление обязательства, права на действие лица, и право это, возникая, становится твердым и определенным. В этом смысле его можно назвать имуществом того лица, которому оно принадлежит, кто им заинтересован и в этом именно состоит одно из главных свойств договора, что в нем действие лица получает определенность, подлежит оценке, разрешается в материальную ценность посредством сравнения с общей единицей ценностей деньгами. Таким образом, и вещное право, право собственности, личное право, договорное, совокупно входят в состав имущества того лица, кому принадлежат и договорное право, так сказать, переплетается с вещным правом, нисколько, однако же, не смешиваясь с ним, и всегда отличаясь от него. Предметом договора служит имущество, служат вещи материального мира, те самые, которые составляют предмет собственности и владения, и большая часть договоров имеют целью именно приобретение собственности или; употребление его, пользование им.

Договорное отношение преходящее: достигнута специальная цель, для которой оно возникло, исполнено обязательство, и действие его прекратилось, а вещное право существует дотолде, пока существует вещь.

Итак, право по обязательству представляется, как нечто имеющее осуществиться в будущем. Но вместе с тем оно с минуты заключения своего само по себе и существует, входит в состав имущества и соответствует

юридическому состоянию владения и пользования, служа предметом того и другого. В этом смысле оно как право есть вещь, принадлежащая кредитору, может служить предметом обращения посредством перехода и передачи. Сторона обязанная, с самой минуты заключения договора, хотя бы и не настала еще минута исполнения, повинна, признать свою обязанность, так что понуждение его к этому признанию, когда состоит в интересе кредитора, может быть предметом иска. Право по обязательству, в этом смысле, как предмет владения, должно быть признаваемо не только обязанного стороною, но и всеми третьими лицами.

Проанализировав материалы из имеющихся источников, можно заключить, что:

- договоры заключались в сложной форме;
- обязательства, вытекающие из договора, приобретали жесткую форму ответственности, которые переплетались с формами уголовной ответственности;
- ответственность принимала материальную сторону пеня, штраф, процент конфискация имущества, долговая кабала
- осуществлялось вмешательство государства, как при заключении договорных обязательств, так и его исполнении, регистрация сделок купли-продажи недвижимого имущества, государственная регистрация отдельных видов договоров для точного исполнения.

1.3 Особенность обязательственных отношений в обычном и мусульманском праве

Вопрос о том, существовали ли обязательственные отношения в обычном и мусульманском праве давно уже являются предметом исторических изысканий.

К сожалению, дошедшие до нас официальные источники казахского обычного права мало проливают свет на истоки обычного обязательственного права казахов. Но, принимая во внимание общие характерные черты обычного права казахов, можно с уверенностью сказать то, что и обязательственное право, являясь частью обычного права, несет в себе те особенности и характерные черты обычного права в целом. Если официальные источники обычного права содержат не так уже много норм, регулирующих обязательственные, имущественные отношения, то исследования, заметки, записи казахских и русских ученых, живших в прошлых веках, свидетельствуют о существовании обычных договорных норм, регулирующих имущественные отношения среди кочевого народа. Обычаи, санкционированные государственной властью, превращались в правовой обычай и составляли основной источник обычного права казахов.

Попытки кодифицировать обычаи и тем самым придать им силу обычно-правового закона предпринимались и в истории Казахстана. В первой четверти XVI в., Касым-хан серией своих судебных решений подтвердил важность и признанную силу ряда «древних» норм. И, как гласит предание, он на одном из собраний знати, баев и влиятельных степных

вельмож объявил о необходимости придерживаться многих из этих норм и использовать в разбирательствах споров. Таким образом, комплексу норм, обычаев, возможно, скорректированных, была придана властная сила. Этот акт вошел в историю как «Установление Касым-хана». Вряд ли оно имело первоначальную письменную форму, хотя его поздние записи вполне могли быть. Развитая устная культура, характерная для кочевого общества казахов в свое время, нет сомнения, что с достаточной полнотой отразила и запечатлела эти нормы. Из поколения в поколение передавались «Касым-ханнин каска жолы», что можно перевести как «Истинные правила Касым-хана» или «Установление ясновидца Касым-хана». В судебных решениях биев в XIX в., нередко встречаются ссылки на авторитет установления Касым-хана, в особенности тогда, когда хотят подтвердить силу древних обычно-правовых норм [3, с.13].

Из официальных источников обычного казахского права наиболее значительным для обеспечения ответственности является правовой сборник, составленный Тауке ханом в конце XVII начале XVIII веков. По этому поводу А.И. Левшин в своей работе «Описание киргиз – казацких или киргиз – кайсацких орд и степей» говорит: «Было время, когда благо разумнейшие из киргизов Меньшей орды, когда и наш народ жил в покое, было время, когда у нас существовал порядок, были законы и правосудие» [30].

Одними из отечественных исследователей по данному вопросу являются Усеров Н.У [1], и С. Узбекулы, который в своей работе точно определил и значение «Жеты Жарғы». «Особое место в реформаторской деятельности хана Тауке занимала проблема создания правовой системы Казахстана» [31, с.124]. «Смысл и содержание этой хартии в том, что она является ценным правовым памятником, соответствующим этическим, географическим особенностям, хозяйственному укладу общественной жизни казахов того времени» [31, с.124].

Имеются различные сведения по вопросу точного составления данного документа. Согласно Н. Усерова данная правовая система была утверждена в 1680 году [1]. С. Узбекулы предполагает выход данного документа в период 1684 – 1685 гг. [31, с.125]. С научно- теоретической точки зрения «Жеты- Жарғы» в каждом пункте, разделе, части отражают требования своего времени, связаны с жизненно важными проблемами, приводят в соответствие с условиями жизни поведение и права членов общества. Более того, некоторые положения носили характер обязательных законов, опережая свое время, предвосхищая будущее. Несомненно, этот документ сыграл огромную роль в укреплении единства казахского народа, повысил его национальное самосознание. «Жеты - Жарғы» - это хартия казахской государственности, где нашла отражение национальная философия, соответствующая этническим особенностям казахского народа [31, с.125].

Характерной чертой института обязательства явились обязательственные нормы, которые регулировали внутриобщинные и меж общинные отношения.

Согласно источнику Н.И. Гродекова «Киргизы и Кара киргизы Сыр Даринской области» «обычай», - по которому живут и судятся киргизы, называется тюркским словом - «зань», или арабским словом «адать» [32]. Начало занга, надо полагать, кроется в том отдаленном времени, когда все разбросанные теперь по Азии тюркские народности жили одною общего жизнью. Доказательством этого служит то, что такие группы тюркского народа, как якуты, буряты, татуры и другие сибирские инородцы, имеют много общих с киргизами, обычаев, родового начала: калымат, мены дочерям без калыма, договорные правоотношения, усиление наказания за повторение воровства (у якутов), обязанности отдаривания, сююнчи (у бурятов).

У каракиргизов «занг» или «адат» тот же, что и у киргизов с небольшими отступлениями. В «занге» не отличается обычай частной жизни от обязательственных правоотношений, не разграничиваются обязательства нравственные от юридических, взыскания домашние и административные от судебных.

В Древнем «занге» не было разницы между авторитетом, родовитостью и судебною и административными властями. Слово «право» в европейском смысле не существует в киргизском языке. Слово «хак» означает:

- истина;
- бог;
- право на получение чего - либо.

Древнейшее право было правом сильного. Есть пословица, «два человека для одного Бог», так же воля народа свята. Личных прав не могло быть. Свобода не отличалась от произвола. Нарушение интересов кого-либо влекло за собою борьбу, следствием которой была победа или примирение. С течением времени выработался обычай примирения на основании взаимного удовлетворения.

В то же время мы видим, что одной из особенностей договорного права была заметная ориентация на мусульманскую правовую науку. Влияние мусульманского права и шариата, особенно в X веке было значительным, поскольку ислам как отрасль науки находилась в стадии формирования. Очевидно, интерес к мусульманскому праву был предопределен господством в то время мусульманских школ, разного течения, о чем и свидетельствуют материалы по казахскому обычному праву, что между киргизами, существует стремление к шариату, изучаемому их более учеными муллами .

Именно стремление к шариату, а не адату служит источником его распространения. Это подтверждает Авизь (Перовского уезда), который высказал: «... жаль, что при взятии края мы не выпросили себе шариата; адата нет, есть шариат». На вопрос о столкновении шариата и адата, он сказал: «... мы рабы шариата, за адатом не стоим» (...шариатқа күлмыз, адатқа таласпаймыз).

Но иной версии придерживаются записи биев. Так при их исследовании мы наблюдаем, что в книгах биев Перовского уезда встречаются фразы: «по адату», «по полному адату», по шариату, «по закону»

[32]. Следовательно, адат при применении не ущемлял, а имел такие же условия в применении, как и шариат.

Таким образом, мусульманское право наравне с обычным правом «адат» регулировало развитие обязательственного права.

При исследовании ханифитского учения о договоре, можно заключить, что договор является взаимосвязью между двумя или более лицами в отношении какого-либо действия. Исследования в данном вопросе подтверждают и источники шиитов. У шиитов, учения о договоре добавляются такие дополнения, как «на основе обоюдного согласия» [2, с.64].

Кроме того, предмет договора не обязательно должен быть действием, может быть и бездействием или воздержанием от какого-нибудь действия, что является и основой современного законодательства.

Договор, по источникам мусульманских правоведов, должен заключаться на основе взаимного согласия сторон, что полностью совпадает с определением современного понятия договора. «Договором признается соглашение двух или нескольких лиц об установлении или прекращении гражданских прав и обязанностей» [33, с.116]. Современное законодательство не отделяет договорные отношения от обязательств, вытекающих из него. Аналогию можно встретить и в мусульманском праве, хотя среди мусульманских правоведов существует разногласия в определении договора и обязательств. Поэтому нельзя согласиться с мнением Р. Шарля будто в «Мусульманском праве не существует общего учения об обязательствах» [3, с.95].

В обычном праве также как и в мусульманском праве, предмет договора, прежде всего, должен обладать:

Во-первых, способностью к передаче. Затонувший корабль, убежавший раб, не могут быть предметом договора.

Во-вторых, предмет договора должен быть определенным и договаривающиеся стороны должны иметь достаточно сведений о нем.

В-третьих, предмет договора должен быть налицо.

В-четвертых, отличие от обычного права предмет и цель договора должны быть разрешены шариатом.

Некоторые источники шариата утверждают, что при недопустимости цели договора, сделку можно считать недействительной.

Для этого необходимо согласие сторон и свобода их волеизъявления. Если согласие достигнуто насильственным путем или под влиянием психической или материальной угрозы, тогда договор считается недействительным. По шариату нарушение согласие уже влекло за собой ответственность.

По некоторым данным материалов обычного права договоры у киргизов заключаются или просто посредством словесного обещания, или же облакаются в более торжественную форму посредством присяги, присутствия свидетелей и, наконец, на основе устных договоров. Первые, словесные договоры, юридической силы не имеют и неисполнение данного слова или обещания считается лишь делом бесчестным, недостойным порядочного человека; «увадаси джокта – иман Джок; иманы джокка – худай джок», так же кто не сдерживает слова, у того нет веры; у кого нет веры, у того нет Бога [35, с.361].

Неудерживающий обещания называется «вагдасыс», так же не надежный или «суайт», лгун.

Данное положение имеет место в современном законодательстве, однако оно до настоящего времени является спорным вопросом. Так отечественными исследователями данное положение предусматривает «обещание в качестве гражданско-правового феномена представляет собой инициативное намерение лица совершить в будущем определенные действия или воздержаться от их совершения в пользу или в интересах других лиц, обязывающая сила, которого обеспечивается законодательством или сделкой» [36]. «Нельзя вывести общие правила, равно пригодные для разных стран и народов, по поводу обязывающего значения обещания. Многое зависит от национальных и исторических традиций общества» [36].

В обычном праве, несмотря на то, что договоры, заключающиеся, без свидетелей не имеют юридической силы, люди доверяющие друг другу, избегают свидетелей и ограничиваются одним лишь обещанием, в той надежде, что если впоследствии возникнут какие-либо недоразумения, то они выяснятся очистительной или подтверждающей присягой, принимаемой посторонним киргизом, по убеждению.

Вопросы договорных отношений находят свое отражение при решении спора через присягу «бату», которая сохраняет также свою силу, как обычай.

В менее важных случаях прочтение присяги сопровождается рукобитием, в более же важных какой-нибудь клятвой, например: «осу сюземысны бузга, нымизди худай бузсын», так же да испортит Бог того из нас, кто испортит сии наши слова; или же произносят договор, положив себе на голову камень, что называется «тас қоюсқан» равняется клятве; или же едят хлеб с солью «нан-түз», так же хлеб-соль» [35, с.361- 362].

Особое место в договоре занимают стороны. В обычном праве стороны должны быть компетентными при заключении договоров. Лица, участвующие в договоре, должны обладать дееспособностью, а участвуют в договоре лица достигшие совершеннолетия. Вместе с тем при исследовании было установлено, что по вопросу о взгляде на совершеннолетие в мусульманском праве не существует единого мнения [37]. В одних источниках точно определяется возраст, в других источниках - главу семейства. И то и другое является сомнительным, поскольку в то время отсутствовала специальная регистрация рождения, определение тринадцатилетнего возраста было спорным.

Имеется особенность обычного права как совершеннолетие неотделенного сына в отношении семейного имущества. Наибольшими ограничениями в правах подвергаются лица женского пола. Женщины у киргизов признаются субъектами сделок [38, с.61].

Следующей особенностью является то, что стороны должны быть вменяемыми, сделка, заключенная сумасшедшими не являлась действительной, что соответствует современным договорным отношениям, подтверждается в следующем рассказе киргиза Торгая. Если киргиз украл подаренное им другому, то бии говорит ему; «Зачем ты дарил? Теперь это уже его

собственность», ответчик говорит: «Моя родня не согласилась на сделанный мною подарок; мне было стыдно требовать его назад, поэтому я украл» [32, с.124].

Исходя из вышеизложенного и опираясь на источники, можно констатировать, что мусульманское право, как самостоятельный источник обычного права подразделяет договоры и классифицирует их на:

- «лазим», когда стороны имеют права расторгнуть его, кроме ограниченных случаев, указанных в самом договоре. Примером могут служить договоры купли-продажи, найма;

- «джаиз», когда стороны в любой момент могут расторгнуть его без выяснения причин. К таким договорам относится, например, договор о поручительстве. Поручитель в любой момент может расторгнуть договор;

- «мунджаз», исполнение которых не зависит от исполнения других обязательств;

- «муаллак», исполнение которого зависит от совершения других актов, как, например, договор о продаже дома при условии, что покупатель затем сдаст его продавцу в аренду, что является его отличительной чертой от обычного права.

Договор «поручительство» находит свое отражение в материалах по казахскому обычному праву, его части III «Поручительство».

§ 194 которая гласит: Поручительство допускается во всех договорах.

§ 195 принятие или не принятие поручительства известного лица зависит от усмотрения сторон [35, с.412].

§ 196 вознаграждение за поручительство не подразумевается, если оно не будет особо оговорено при заключении сделки.

§ 197–205 гласит о продолжительности действия поручительства, об ответственности за неисполнение договора, о несостоятельности поручителя, так же при смерти поручителя, имущественная ответственность прекращается [35, с.413].

Данная классификация договора обычного права казахов имела последователей. Основываясь на архивные данные можно привести примеры того, что в результате убийства или нанесения тяжких телесных повреждений предусматривался кун-выкуп имуществом, зависевший от социального статуса потерпевшего и тяжести совершенного преступления. Если предусмотренный кун не мог быть выплачен в том размере или тем имуществом, которые предусматривались, стороны могли договориться и заменить размер или вид выкупа. При этом требовалось согласие потерпевшей стороны. Например, в аулеатинском уезде за убийство почетного лица белой кости был выдан кун на сумму 1300 тиллей и одна девица [32, с.237].

Эти же архивные документы свидетельствуют, что только при существовании рабства возможен был обычай, по которому за убийство чужой охотничьей собаки или беркута платили калмычку [39, с.192]. Как видно и здесь присутствовали договорные отношения. В обычном праве казахов, регулирующих отношения в сфере уголовного права; за убийство, изнасилование, причинения тяжких телесных повреждений; воровство и многие другие виды преступлений, широко применялась ответственность, которая

выражались в виде куна, штрафа, поэтому эти дела могли прекращаться примирением сторон. Установленные обычным правом нормы компенсации за совершенное преступление могли быть пересмотрены по согласию сторон; виновного или его рода и потерпевшего.

Присутствие договора в уголовном праве объяснялось особенностями общественного строя, прежде всего, тесным переплетением элементов, свойственных патриархальному укладу, вследствие чего договорные условия, как правило, зависели от стороны, имевшей сословие наиболее высокое [40, с.38].

Договорные отношения имели место и в брачно-семейных отношениях. Что касается брачного договора, то каких либо ограничений на этот случай в казахском быту не имеется.

В степи проникнутой насквозь духом неприкосновенности личной свободы, тем не менее, существуют даже такие сделки, которые совершенно не допустимы в культурных странах. Так родители нередко сватают для своих сыновей невест тогда, когда и жених, и невеста еще в пеленках. Бывает даже так, что, не будучи отцами, друзья сговариваются между собой породниться посредством союза будущих своих детей, и этот стговор будущего потомства выполняется ими непременно, если только у одного из них родится сын, а у другого дочь. Для пояснения сказанного необходимо добавить, что стговор в киргизском браке есть не что иное, как торговая сделка, выражающаяся в так называемом «калыме» [35, с.233]. По древним обычаям, установленным, как говорит предание, при хане Тауке, был определен брачный возраст мужчины – 13 лет, а для женщин – 9 лет.

Брачные договоры заключались по поводу уплаты калыма, поскольку основной формой брака был калымный брак, то условиями договора, который назывался «куда тусер», были условия о размере калыма, о расходах на свадьбу, и о приданном.

Первым моментом договора служит соглашение между отцами жениха и невесты о сватовстве и количестве калыма. Преддоговорные споры, которые велись между родственниками невесты и жениха, заканчивались соблюдением определенного ритуала, который назывался «күйрық бауыр», так же употребления в доме невесты особого ритуального блюда обеими сторонами, означавшего заключения договора в полном объеме. Последствия нарушения договора сватовства после формального предложения весьма тяжки для виновного; отец невесты лишается подарков «киит» и платит обиженному штраф от одного до трех тогузов (тоғыз - девять скотин), также обязан возратить стоимость всех подарков и издержки на угощение сватов.

Последним аспектом договора есть поездка отца невесты или сватов его в аулы отца жениха за получением калыма или части его [35, с.235- 238].

Обычное договорное право присутствовало и при другой форме брака без калыма. В сборнике киргизского обычного права, изданного в Семиреченской областной типографии, свидетельствуется, что при заключении без калымного брака, который был распространен среди кочевников, которые не могли оплачивать калым и дать приданное за невесту ее семьи. Жених обязан был

отработать в семье отца невесты, в данном случае заключался договор. Условиями договора был: размер калыма, срок отработки. Также отмечается, что если күш күйеу (рабочий зять) нарушит условия договора, например, будет плохо работать, лениться, то в одностороннем порядке отец невесты может пересмотреть условия договора и продлить срок отработки. Этот обычай күш күйеу встречается редко и не пользуется симпатией киргизов [35, с.399- 400].

Поэтому в казахском обществе говорят «калыңдығы киіс үйден қарғасы жоқ тазы артық », так же «непривязанной собакой лучше быть, чем зятем, привязанным у тестя». Имели место случаи, когда рабочий зять много лет работал на семью невесты. В брачно-семейном праве обычное договорное право присутствовало и при процедуре сватовства.

Так, например, Е.М. Абайдельдинов пишет «...при заключении договора сватовства было желательно, но не обязательно, присутствие муллы». Роль сватов выполняли близкие родственники. Центральным эпизодом обряда сватовства было угощение блюдом «күйырық-бауыр» курдючное сало с печенью, что символизировало породнение на добровольных началах и факт совершения обряда сватовства. Нарушение договора сватовства приравнивалось к оскорблению всего рода [41, с.119].

Как отмечал Ч.Ч. Валиханов в своих исследованиях о семейно-брачных нормах, среди казахов имел место договор мены дочерей, для отдачи их в замужество за сыновей, который встречается только у бедных киргизов. При мене за старшую делается отцу небольшая приплата, не превышающая 3-4 лошадей мена дочерей называется «қарсы-құда», так же встречное сватовство [42]. Киргизский брак представляет весьма сложный институт. Не говоря уже об остатках первобытных форм, касающихся брака в период казахской самостоятельности, также можно указать на влияние Корана и Шариата.

Влияние Корана распространяется среди киргизов, благодаря муллам и появляющимся от поры до времени в степи хаджам. По учению Корана человеком почитают мужчину. В главе 39 Корана говорится «он (бог) сотворил вас от одного человека (мужчины); потом из него произвел супругу ему. О подчиненном положении женщины в Коране говорится « он сотворил вас от одного человека: произвел из него супругу ему, чтоб она жила для него...[43]. Без согласия мужа по мусульманскому праву женщина не могла заключать договор и ответственность не несла. Договор, заключаемый, с женщиной считался недействительным. Тут мы видим влияние мусульманского права на обычное право.

Отличительная особенность мусульманского права «Брак - заваджан» по учению ислама, двухсторонний договор, заключенный на основе согласия мужа и жены. Но это формально, так как разрешается брак мужчины с девятилетней девочкой, которая является совсем ребенком. Ее родители или опекун сами решают вопрос о браке, она же практически не является стороной в договоре.

Договор брака в исламе и в шариате более близок к купле-продаже, чем к брачному договору в обычном праве и воля женщины не играет в нем роли, что отмечает видный исследователь исламской религии Р.Шарль, который заключает, что мусульманский брак следует рассматривать как акт купли-

продажи. Причем выкуп, вносимый мужем, якобы представляет собой цену приобретаемой жены [34, с.49].

Видный исследователь обычного права и быта казахов Валиханов Ч.Ч. в своих заметках писал, что «вероятно причиной побудившей правительство дела о браках и разводах предоставить муллам, был обычай киргиз отдавать дочерей своих в замужество в слишком юных летах и большей части без их согласия» [42].

Исследователи обычного права практически сходны в мнении о том, что казахское обычное право в течение нескольких столетий развивалось на базе отсталого натурального замкнутого хозяйства. Поэтому регулирование хозяйственной жизни, посредством решения бия или съездов биев, в основном касалось внутриобщинных или межобщинных бытовых вопросов. Вот почему в основных источниках обычного права, практически отсутствуют нормы, регулирующие товарно-денежные отношения вплоть до XIX века.

В связи с тем, что обычное право было патриархальным, в процессе многовекового развития правовой системы у казахов происходил естественный отбор норм права, и естественно основным регулятором отношений по передаче и обмену продуктов был договор купли продажи.

Институт договора купли-продажи в эпоху существования феодально-патриархальных отношений носил весьма примитивный характер. Из видов договора наиболее распространенными были договоры мены, купли-продажи, займа, ссуда скотом.

По исследованию представителя обычного права казахов А.И.Мякутина, купля - продажа, это договор, в силу которого одна сторона, продавец обязывается передать в собственность определенное имущество, а другая, покупатель, уплатить за нее условленную цену [38, с.101].

Так, например, Аль-Маджала в отношении купли-продажи в мусульманском праве пишет: «...купля-продажа является консенсуальным договором, и существовала еще до появления классового общества в Аравии» [44]. В начале развития ислама обмен вещи на вещь были наиболее распространены. Но с развитием производства и товарооборота развивалась торговля, появились правовые нормы, которые регулировали денежно-товарное обращение. Эти нормы укрепляли право собственности за покупателем на покупаемые им вещи, а за продавцом - за получаемый им эквивалент.

В Коране встречаются отдельные указания о купле-продаже и недопустимости получения рибха (лихвы). Во второй главе Корана говорится, что «бог позволил получать прибыль в торговле, а лихву запретил» [43]. Таким образом, приведенные данные источников показывают, что шариат придавал обязательственное значение договору. Нормы, установленные для договора купли-продажи, стали руководящей основой для других видов договоров. Все это свидетельствует об экономической основе учения о договорах, и то значение, которое придавали торговле основатели ислама, а также ту большую роль, которую играла в те времена торговля.

Характерно, что люди с древнейших времен и до наших дней судили и судят о благополучий жителей городов по уровню изобилия и оживленности в

рыночных центрах. Характерной особенностью мусульманского права является то, что от тех, кто занимается торговыми делами, шариат требует:

- знать правила торговли;
- не выделять мусульман среди покупателей;
- не проявлять суровости в отношении цен на товары;
- идти навстречу человеку, с которым заключена торговая сделка, в случае если раздумает и попросит аннулировать эту сделку.

Следует отметить, что нормы шариата и нормы обычного права казахов имеют расхождения в области предмета купли-продажи. Так на основании обычного права казахов предметом купли-продажи могут быть движимые и недвижимые вещи. Мусульманское право подразделяет эти вещи на три категории.

Например: запрещенные вещи - «харам» (охотничьи, служебные собаки, шерсть); «макрухат» - неодобряемые вещи (банковские сделки, наем труда несовершеннолетних); все вещи и предметы, которые разрешаются.

Исходя из этого, можно заключить, что мусульманское право строго регулировало договорные отношения. Обязательства, вытекающие из договора, выполнялись.

Особое внимание в договорных обязательствах в обычном праве занимает сфера имущественных отношений. Согласно архивных документов, сын Нуралы-хана Берд Алы, будучи в Оренбурге в аманатах, продает в 1757 или 1758 гг., переводчику Матвею Арапову пленника раба, Измаила за 20 рублей. Купчая датирована 4 февраля. К ней приложено письмо Нуралы от 27 февраля: «Написано потому, что отданного Матвею пленника... нашего сына мы тоже отдали ему». Эта сделка совершена сыном, но она нуждается, очевидно, в санкции отца. По другой купчей от 27 февраля 1758 г., казах Серкебай, принадлежавший дому Берд Алы, продает пленника перса Ходжи-Мурата Оренбургскому подьячему Ивану Снугареваному к купчей прилагается письмо Берд Алы от того же числа, скрепляющее продажу утверждением, «что мой казах Серкебай продал своего пленника... по моему приказу» [45].

Исходя из того, что все эти документы относятся к двусторонним видам договора, которые закрепляются доверительным письмом домовладельца хозяина и доказывает о том, что в договоре особую роль занимают доверительные документы (доверенность), которые регулировали имущественные отношения как договоров (купля-продажа, сделка, мена).

Мы также видим, что в XVIII веке сын продавал и дарил объекты семейной собственности с последующей санкцией дома владыки. Теперь распоряжение собственностью сосредоточено в руках главы семьи. Исключение делается только для сделки «купля-продажа». «Купля-продажа, учиненная против воли отца совершеннолетним невыделенным сыном, не расторгается», сообщает Н.И Гродеков. [32, с.34-35].

В этом постановлении, однако, нельзя видеть остаток равенства, совместности прав домовладыки и домочадцев на семейное имущество. Мы видим, что в XVIII веке «купля – продажа» хотя и совершалась сыном самостоятельно, но требовала санкции отца. Признание действительности

сделки купли-продажи совершенной взрослым неотделенным сыном вопреки воли отца находит свое объяснение в условиях развития рынка, в потребностях рыночного оборота.

Таким образом, договор «купли - продажи» может быть заключен в следующих случаях:

- если сам собственник продает вещь;
- близкий родственник по доверенности;
- по распоряжению начальства.

Из этого следует, что отделенные сыновья не имеют права продавать имущество отца. Представим себе взрослого сына, прибывшего на одну из многочисленных ярмарок для продажи скота, принадлежавшего семье. У него, разумеется, нет и не может быть «доверенности» от главы семьи и никому здесь не придет в голову, ею интересоваться. Но его торговая деятельность стала бы вовсе невозможной, если бы сделки им заключенные, могли впоследствии оспариваться как совершенные вопреки воле отца. Значит, взрослый сын без разрешения отца мог продавать вещь. И здесь встречаются расхождение при договоре купли-продажи.

Подобные сделки встречались во всех уездах казахского населения, по обычаю адат совершеннолетние сыновья без согласия других членов семьи совершали сделки купли-продажи. Для действительности заключенного договора необходимо:

- лицо его заключающее, было в полном сознании;
- лицо, его заключающее было совершеннолетним.

То, что мы сегодня называем реальными договорами, также находило место в обычном договорном праве казахов. Так, договора, которые были связаны с передачей вещи – это договоры купли-продажи, мены, дарения, необходимо было реально передать вещь, иначе договор считался не заключенным. К реальным договорам относится один из видов договоров – мена (айырбас).

В источниках А.И. Мякутина «Мена, как договор, есть такое правоотношение, в силу которого каждая из сторон обязуется передать в собственность данное имущество другой» [38, с.98].

Распространение мены на территории, подтверждают сведения Ч.Ч.Валиханова, «торговля на территории Казахстана осуществлялась обменным путем. Китай, Россия, были определенными территориями, в которых разрешалось торговать русским купцам» [42].

В источниках содержатся материалы касающейся того, что в степи казахи меняли мелочные товары, скот обменивали на чай, шелк, сукно, сахар. Русские купцы оценивали (продавали) подороже. Например, за 650 рублей – 1 кг опиума по рукам и продавали за 1200 рублей. На территории Казахстана не сохранялись законы, которые несли ответственность за обмеривание, но существовали свои законы уплаты пошлин за торговлю, об этом свидетельствуют нарочно для этой цели, построенные в Оренбурге и Троицке «меновые дворы» [32, с.126].

Между киргизами мена производится по шариату, как норма гарантированной ответственности. Мену по шариату регулируют пять принципов: объем, количество, вес или мера товара должны быть известны. Передавать товар при обмене нужно непосредственно в руки покупателя, например, если обменена лошадь, и она убежала, сделка считается недействительной. Также товар, который предложен в обмен на другой должен отличаться от последнего (бессмысленно было менять одинаковые товары) [46, с.199].

Довольно часто между киргизами встречается мена лошадьми. Из решения съезда биев в 1878 году по делу киргиза Ниязбекской волости Гезденбая Серикбаева усматривается, что мулла Джумабай приобрел лошадь у киргиза Ирисбая за двух лошадей и за один атласовый халат. При судебном разбирательстве выясняется, что Мулла Джумабай не обменял, а купил лошадь в присутствии свидетелей [32, с.144]. Этот факт еще раз подтверждает о том, что киргизы не знают различия сделки между меной и куплей продажей. Торг или мена у киргиз производится баранами, в виде раздачи товаров в кредит на один, два, три, четыре года.

Например, самый низкий сорт ситца в количестве 5 аршин продают за одного барана с расчетом получить, скот через год. Это еще раз доказывает, что казахи не знали денежной системы. Расторжение сделки мены допускается лишь в том случае, если одна из сторон скрыла бывшие в момент совершения сделки существенные недостатки обмениваемого имущества.

По источникам Колмогорова Г, киргизы не продавали скот на деньги, даже не любили их, как приносящий ущерб их хозяйству и благосостоянию. Киргизы, может быть, единственный народ в мире, покупающий товар в долг, не платя за них ничего, а напротив, «получая барыш» [47].

Теорию меновой сделки придерживался в своем представлении об описании киргизских обычаев попечитель киргизов Белозеров.

В своем рапорте он утверждает: «... киргизы все купленное сбывают другим киргизам на вещи и скот, а на деньги никогда уже сами не продают, из таких выгод: что весной отдают в долг какую-либо вещь по кургашка (ягненка), а осенью берут его уже бараном. Для чего все должники в верном платеже выставляют по себе поручителей и сии последние в случае несостоятельности первых уплачивают за них сами, таким образом, все почти киргизы занимаются меной, изделия свои и имеющиеся у них избытки, также лишнюю скотину променивают на меновых дворах в Оренбургском, выменивают» [35, с.154]. Хотя деньги были развиты, мена преобладала по сравнению с договорами купли-продажи, так как сохранялась мера ответственности.

Материалы «описание киргизских обычаев, имеющих в орде силу закона» §52 гласит, что Ордынец, отправляющийся на мену, на линию и с чужим имуществом, условий никаких не делает. Вина в неудаче в обороте или утрате скота больше падает на самого хозяина, не сумевшего выбрать благонадежного поверенного, а посему обыкновенно при караванах находятся погонщики или сами хозяева или родственники их. Например: караван, следующий со скотиной

на мену или торговле, состоит из 1-го табуна или стада принадлежащего нескольким хозяевам, а по сему если один из хозяев поручил скот свой чужому, то таковой, все - таки, не останется без наблюдения со стороны прочих погонщиков [35, с.195].

«Мена» не относящаяся к торговле производится без всяких свидетельств, если вещь подлежащая мене находится налицо, то будь ордынец, желающим что-либо получить через мену, не в состоянии дать требуемую вещь или скотину, то должен представить за себя надлежащих поруки, без коих в таком случае мена состояться не может.

О том, что киргизы занимались меновой сделкой между собой, подтверждают многие исторические архивные материалы. Киргизы также вели меновую торговлю с другими странами, эту теорию подтверждают исследования Ч.Ч.Валиханова. По данным источника Министерства финансов от 15 сентября 1824 г., генерал губернатор Западной Сибири писал, что Сибирский край давно уже обращал особое внимание к учреждению в нем торговых связей с разными народами Азии и распространению меновой китайской торговли [42].

Вопреки ожиданию и, несмотря на столь прогрессивное возрастание долговых обязательств в меновой сделке, у киргизов обе стороны остаются в выигрыше от отсрочки долга. Если купец назначит низкую цену на вещь или скот, то должник, по принятым правилам, просто отказывается платить до следующего года и даже до 4-х лет. Предположим, что киргиз задолжал на 20 баранов весною 1850 г., а весною 1851 года заплатил бы долг. Если бы при его состоянии долг этот равнялся годовому приплоду от скота, то такой киргиз на самом деле не уменьшил бы нисколько своего богатства, сохранив себе приплод от баранов от другого скота. Купец тоже вместо 20-ти баранов получает сорок, так же рубль за рубль. При этом не нужно упускать из вида, что киргиз за 4 года пользуется от баранов шерстью, молоком и мерлушками с павших ягнят, полагаемых ему на ущерб, что дает ему, по меньшей мере, до 50-ти рублей серебром. Кроме того, в эти 4 года у киргиза найдется еще несколько способов обогатиться или выбегает на байгу несколько баранов, потамырится с кем нибудь, получит калым за дочь или подарки при свадьбах, поминках и при многих других случаях [47, с.20- 21].

Исследователи отмечают, что одной из особенностей казахского обычного права было то, что оно содержало все правовые нормы, регулирующие договорные отношения. Следовательно, применяемые правила договорного права в основном регулировались, обычаем и не были подвергнуты кодификации в указанном документе в конце XVII в начале XVIII века.

Говоря о видах договоров, которые регулировались обычным правом, следует выделить договоры найма, ссуды, займа, личного найма, хранения (поклажа), которые характерны для современной правовой системы. Характер договорной ответственности можно видеть из заключения договора найма «жалдау».

По источникам С. В. Пахмана под наймом имущества разумеется «договор, по которому одна из сторон, наймодавец, предоставляет другой стороне,

наемщику, в пользование какое-либо имущество на определенный срок за определенное вознаграждение» [48, с.155].

Такой договор в большей степени преобладал у киргизов. Предметом его бывают движимые и недвижимые вещи. Если киргиз другого уезда, решил заняться хлебопашеством на чужом пастбище или летовке, то с него берут в пользу общества, которому принадлежит земля, арендную плату, размер которой зависит от условия и ответственность он несет в двойне.

Судя по материалам, собранным И.А.Козлова «Обычное право киргизов» опубликованная в 1882 г., можно полагать, что землевладение киргизов, зимовые стойбища, летние кочевья, было основано на родовом праве. Также распределение земли между хозяйствами производится съездом выборных, соразмерно количеству скота в каждом хозяйстве [35, с.318]. Исследуя работу Карандашевой А.А «История договорного права Казахстана XV- XX в » можно заключить, что данный исследователь подтверждает наличие в данный период в Казахстане деления имущества на движимое и недвижимое [49, с.13]. Кроме того, основываясь на исследование Маковецкого П.Е [50], данный исследователь констатирует «... имущество по обычному праву казахов знало деления на движимое и недвижимое, поскольку основной ценностью при кочевой жизни был скот, проводилось разграничение между скотом (даулет) и иным имуществом (мулік), что полностью подтверждают то, что в данный период в казахском обществе заключались договоры аренды земли, как недвижимого имущества, так и договоры займа скота, как движимого имущества. Архивные материалы подтверждают существование аренды и недвижимого имущества. Так собственную точку зрения, которая основывается на архивных материалах, подтверждают сведения сборника киргизского обычного права. Сделки найма земельных угодий на срок не более года совершаются на условиях, выговоренных в договоре, который представлял собой одну из форм аренды недвижимого имущества.

Определенные в предыдущей статье угодья, если бы не было на то особого соглашения, могут быть использованы так, как были бы использованы самим хозяином, в противном же случае арендодатель может взыскать причиненные ему арендатором убытки.

Кроме того, особенностью киргизской аренды заключается в том, что как только арендатор перепишется в ту волость или уезд, где находится пашня, он становится собственником земли, кроме того, у него возникает право потомственного владения и пользования, и платить будет подати и повинности.

По мнению М. Красовского распространение на протяжении всего мира половничества известно и киргизам. Оно среди киргизов встречается у земледельцев в таком виде: зажиточные дают рабочему человеку во время полевых работ пропитание, семена, одалживают скот, землю и сельскохозяйственные орудия [51]. Положение о делении на движимое и недвижимое имущество можно подтвердить источниками, а именно выдержками из сборника казахского обычного права, так на основании договора наймодавец получает вознаграждение от $\frac{1}{2}$ до $\frac{3}{4}$ урожая, исходя из условий договора. Но если нет урожая, нет и вознаграждения [32, с.118]. Некоторые источники казахского

обычного права Семипалатинского областного комитета подтверждают вышеуказанную теорию [35, с.414]. Следует отметить, что данное положение было широко развито в современном использовании земли при процедуре аренды. Это широко применялось в первые годы становления рыночных отношений в Казахстане, также имеет место и в настоящее время.

По сообщению Потанина, наблюдавшего киргизский быт, основная часть жителей окрестности озера Зайсана снимали участки за арендную плату [52, с.282]. В частности о сроке, на который заключается договор половничества у киргизов, указаний не встречается, но надо полагать, что и у них он долгосрочен. Это видно из сообщения Потанина, что егинчи общими силами проводят ирригационные каналы и курчуют поля. Подобные работы, могут производиться только при долгосрочных сделках.

Судя по материалам, собранным Д. Андре [45, с.157], и чиновниками Оренбургской пограничной комиссии, в частности Аитовым [53, с.14], Половоротовым [53, с.47], и другими при найме верблюдов для караванов киргизский караван-баши или вожак с хозяевами верблюдов делает условие словесно и без свидетелей.

Следовательно, киргизский караван-баши или вожак обязан представить требуемое число верблюдов под своз товаров в срок определенный киргизом, кому принадлежат товары. По непредставлении в срок, тех верблюдов купцы нанимают других за счет жока. Деньги, требуемые за наем, вожак получает одну половину таковых при отправлении, другую же по прибытии каравана на место.

В связи с этим, при найме хозяин верблюдов обязан снабдить нужным числом седел туганакон и по 3 конца веревок на каждого верблюда. При возвращении из степи каравана, вожак обязан вернуть хозяевам как верблюдов, так равно и вышеупомянутые вещи, но за сии последние в случае утраты вожак строго не отвечает. При караване должны находиться верблюдовожатые, или возчики, принадлежащие хозяевам тех верблюдов. Прокормление и подъем им отпускается от своих хозяев [45, с.119].

На примере можно указать на следующее решение суда биев. «В 1882 г., Карга Бекмирзаев заявил съезду биев, что Алда Бергин Умуров нанял у него семь верблюдов для перевозки зернового хлеба из №4 аула чебединской волости в крепость Казалинск по одному рублю с верблюда. Умуров заплатил ему наемную плату, а верблюдов обещал отослать через три дня, но обещания своего не выполнил и вместе с верблюдами убежал в Хиву. Бекмирзаев просил съезд биев отобрать от Умурова верблюдов, так как он вернулся из Хивы и встретился ему в чебединской волости». Суд не рассматривает исковое заявление хозяина, так как все упомянутое имеет место - если он не снабдил возчиком, то вожак каравана не несет ответственности за утерю собственности [32, с.147]. Сюда же можно отнести наем рабочего скота и земледельческих орудий егинчами, которые рассмотрены выше. Из этого можно сделать вывод, что договор составлялся устно, обязательства существовали, но выполнялись изредка.

С научной точки зрения договор найма не считается недействительным, если не обозначен срок. Вместе с тем данное положение не означает, что договор заключен бессрочно. Исключением является то, когда пользование фактически перейдет в собственность, и что это приводит к выводу, что срок договора заканчивается тогда, когда один из контрагентов потребует его прекращения.

Противоположную теорию мы наблюдаем в мусульманском праве. В мусульманском праве договор найма рассматривается как консессуальный договор и требует согласия сторон, условий и срока, которые считаются обязательными. Это значит, что расторгнуть его в любой момент нельзя, хотя для обычного права определение срока не было обязательным. По крайней мере, указание о сроке в обычном обязательственном праве в отношении недвижимого имущества встретилось всего только раз, это в пример о том, что когда отводится за условленную плату место для зимовки чужеродцу, относительно срока тут так и сказано «...отчасти ради доброго дела, отчасти из-за барыша, дают ему место, но не больше как на один год» [32, с.123].

Установление такого срока обуславливается тем, что отвод места в данном случае производится по нужде, снисходя к горю человека, застигнутого со своими стадами зимой вдали от собственной зимовки и зимовки своего рода.

В примере, касающемся движимых предметов, а именно, о найме верблюдов, - срок был определенно условлен. Верблюды нанимались на время, потребное для перевозки при посредстве их зернового хлеба из аула чебендинской волости в Казалинск, затем через три дня по доставлению груза они должны были быть отосланы обратно [32, с.147]. Среди особенностей присущих мусульманскому праву, при земельной аренде устанавливается срок не менее десяти лет. В отношении найма вещи, в том числе животных, устанавливается десятидневный срок. Наем человека равен трем годам. Эти сроки, конечно, не являются обязательными и стороны на основе взаимного согласия могут их уменьшить и увеличить, но это также свидетельствует о делении имущества на движимое и недвижимое.

Современное законодательство отделяет пожизненное владение от договора найма и не указывает, какой возмездной сделкой оно может быть установлено, так как упоминает только безвозмездные способы - дарение или завещание, что является одним из проблемных вопросов современности.

По большей части договор найма имущества определяет срок самым существом дела, например, земля, отдается на посев под сенокос, что означает срок договора оканчивается уборкою хлеба или сенокоса в том году, в котором заключен договор, если он совершается весной, или в следующем, если осенью. Срок найма движимых имуществ у киргизов определяется тем же способом, лошадь отдается для проезда из одного пункта в другой, или скот для вспахивания земли, корова из определенного числа телят [53, с.14-47]. Необходимо отметить, что имущественный наем у киргиз, является институтом мало развитым. В связи с усилением имущественной и классовой дифференциации в казахском обществе, с ликвидацией тюленгутства, при посредстве которых крупные бай и скотовладельцы обеспечивали ранее свое

хозяйство рабочей силой, возникла нужда в свободных рабочих руках. Таковую рабочую силу могли предложить только полностью обедневшие и выбившиеся из родовой общины безскотные сородичи.

На основании источников можно предположить, что широкое распространение в обычном праве получает договор личного найма. Личный найм сводится к сделке, на основании которой одна сторона - нанимающийся работник обязывается за известное вознаграждение и в течение определенного времени исполнить известную работу или оказать определенные услуги материального свойства другой стороне - нанимателю, хозяину [48, с.182].

Судя по материалам, собранным Маковецким П.Е., договор найма применялся довольно широко. При большом хозяйстве, многочисленных стадах киргизы не могут обходиться без рабочих. Часть их составляют воспитанные при богатых аулах сироты и бедные родственники, поселившиеся у богатого человека и состоящие под его покровительством. Остальные же нанимаются из числа бедных лиц, не имеющих собственных средств, для пропитания себя и семьи. «Нуждающийся в работе предлагает обыкновенно сам свои услуги и нанимается на полгода, так же на 7 летних месяцев (с апреля) или на 5 зимних месяцев (с ноября). Только хороший работник, известный своим трудолюбием и честностью отыскивается хозяевами и получает приглашения; остальные, желая наняться, кочуют с аула в аул, отыскивая себе работу» [50, с.368]. Эти исследования Маковецкого П.Е. еще раз подтверждают существование договора личного найма.

В частности, формы совершения договора личного найма заключается обыкновенно словесно, при чем не требуется обязательного участия свидетелей. Условия найма весьма разнообразны, они зависят от качеств рабочего и от того, нанимается ли он один или с семейством, плата производится всегда натурой. Если нанимается один только рабочий, а семья его останется в своей юрте, то ему, смотря по достоинству его, дается пища и 10-40 овец для пропитания семьи, которая доит овец, приготавливает из молока запас курта и масла на зиму, и стрижет шерсть на кошму. С окончанием срока службы бараны возвращаются хозяину. Работник, поступающий в услужение с всею семьей, кроме пищи для себя и баранов для пропитания семьи своей, получает необходимую одежду для себя и сверх того 5-ти летнего мерина или 4-х летнюю кобылу или барана. Нанимающийся, в зависимости от условий, должен выполнять ряд домашних услуг, либо обязан нести определенную должность, либо исполнить какую-либо специальную работу.

Кроме того, за естественную смерть скота, за украденную скотину пастух совсем не отвечает, так же не несет ответственности. Вместе с тем, для полного освобождения от ответственности он должен совершить некоторые формальные действия. О них §181 у Самоквасова гласит: «Кто наймется, что-либо стеречь, а оное у него покрадут, или скотина от болезни сдохнет, то должен он в то же время объявить хозяину или посторонним лицам, и тогда освобождается уже от взыскания если не объявит, то платит иск сполна», [39] что также является свидетельством того, что ответственность, при заключении и исполнении договора найма существует.

В то же время никаких юридических гарантий по защите интересов работника ни договор, ни обычное право казахов не предусматривали. Из этого следует, что нанимавшиеся подвергались эксплуатации, а зачастую обману при расчетах.

Говоря о видах договоров и обязательствах, вытекающих из них, можно выделить один из необходимых для киргизского быта договор - займа. Вот какое определение дает профессор А.Х. Голмстен: «Под займом разумеется такое правоотношение, в силу которого данное лицо обязуется возвратить взятую у другого лица в займы известную сумму денег в определенный срок или по востребованию» [48].

Следовательно, предметом займа могут быть только деньги. Иной же точки зрения придерживается Пахман. С.В. Под займом подразумевает такой «договор, по которому одна сторона в качестве кредитора предоставляет другой в собственность определенное количество заменимых вещей с условием возврата впоследствии таких же вещей». Этим профессор подтверждает, что предметом займа кроме денег, могут быть и другие занимаемые вещи, например хлеб, скот, домашняя утварь [48, с.174], что является более достоверным, так как подтверждается практикой современных договорных отношений.

Однако материалы исследования казахского обычного права свидетельствуют, что заем может быть погашен эквивалентным товаром, либо товар деньгами по эквиваленту. Из этого можно заключить, что обычное право казахов, использует все средства товарно-денежных отношений. Эти условия должны быть специально оговорены, какими ценностями долг должен быть погашен, возвращен однородными товарами аналогичными полученным ценностям и соответствующими им по своим качествам, либо деньгами.

Но если по условию денежный заем будет возвращен скотом (наиболее распространенный вид уплаты по займу); то при заключении сделки заранее устанавливается, какой скот и по какой цене должен быть уплачен [54]. Это является одним из основных договорных обязательств, которые предусматривают, что заем возвращается. Кроме того, обычное право казахов расширяет понятие займа, которое имеет отражение в современном периоде.

Исследования свидетельствуют, что у киргизов объектом займа, прежде всего, являются деньги, затем зерно на посев, чай, сахар и другие товары, наконец, скот. Иногда скот берут в долг с целью продажи. При уплате отдают животных той же породы. Все эти факты говорят о том, что обычное право казахов имело расширенное действие.

Займы в степи совершаются в словесной форме. Договор займа обычно представлял собой ссуду скотом на срок не более года. Должник обязан был возвратить долг с приплодом. Для обеспечения обязательства кредитор мог при заключении договора требовать от должника представление поручителя – кепиля, поручительство (кепіл). При заключении договора присутствие свидетелей необязательно, но стараются иметь свидетелей. Если ответчик отрицает существование долга, то присяга налагается на общем основании, но

долг взыскивается без штрафа. Следовательно, в данный период нет различий между уголовными и гражданскими судебными разбирательствами.

Отдельно необходимо отметить о судебных издержках, взыскиваемых в ходе разбирательств. Так судебные расходы - «билик» взыскиваются с должника. Если же ответчик доказывает, что он действительно был должен истцу, но деньги заплатил, то присяга дается истцу. Это же подтверждается постановлением в §176 у Самоквасова в отношении сибирских киргизов; «Кто в дому запрется, а поручни и свидетелей не было, претендатель с ответчиком идут в суд, который определяет с претендателя присягу, если даст оную, тогда получает сполна иск, в противном случае лишается оногo» [39, с.130].

Долговое обязательство имеет силу только тогда, когда оно будет признано судом действительным. В этом отношении имеются любопытные примеры в решениях киргизских судебных органов. «В 1884 году съезд биев Ауелиатинского уезда рассмотрел дело по иску киргиза Умис Бекбаева о взыскании с киргиза Ак-Суйской волости Бий-Оразбая Кундибаева 125 рублей, отданных в займы в 1882 году. Ответчик иска не признавал. При разборе дела истец представил расписку, к которой была приложена печать ответчика надписью вниз, кроме того, имя Оразбая в ней было упомянуто два раза, в первый раз сказано «руку приложил», а в другой «печать приложил».

Поэтому в судьях зародилось сомнение в действительности расписки. В этом случае присяга обеим сторонам не была предложена, и суд постановил взыскать с ответчика в пользу истца 62 р. 50 коп [32, с.177].

Другой пример, свидетельствующий о рассмотрении дела по договорам и обязательствам. В 1878 году съезд биев Кураминского уезда рассмотрел дело по жалобе киргиза Чокана Джарунбаева о взыскании с Алтибая 84 рублей по «расписке». При разборе дела, ответчик Алтибай показал, что он заплатил эти деньги и в получении их взял «расписку». Так как последняя не удовлетворяла своему назначению, а расписка истца составлена была, как следует, то, признав ее действительною, съезд биев постановил взыскать с Алтибая в пользу Джарунбаева 84 рубля [32, с.177]. Итак «расписка» признается судом действительной только после тщательного рассмотрения различными способами при помощи присяги.

Как было замечено выше, иногда при займе бывают поручители. Они несут известные обязанности, которые, изложены в §178 у Самоквасова «Буде кто по ком ручаться в платеж иска, а после будет не в состоянии платить, или же в срок не заплатит, оный обязан непременно тот иск заплатить в случае если он не в состоянии, то поступает к нему в работники, а если поручатель отрекается, то должен выставить из аула своего одного достойного принять за него присягу, на которой и решение потом основывается» [39, с.169].

Данное положение свидетельствует о том, что гарантийные письма, выдаваемые поручителями, находят отражение в отечественном, современном законодательстве, «...гарант обязывается перед должником отвечать за исполнение обязательства этого лица полностью или частично солидарно с должником...» [33, с.105].

В этом отношении в киргизском адате есть особенность, в котором неуплата займа не влечет обязательной отработки.

Переход ответственности при несостоятельности должника или после смерти на его семейство, на родовичей, свидетельствует о достаточных гарантиях в степи интересов кредиторов. Этим объясняется сравнительная не выработанность у киргизов института поручительства. В то время наложение договорной ответственности на общину и на случайных людей является в киргизском быту отжившим началом, потому что вследствие переменившихся условий жизни, имущество все более приурочивается к личности и к тесному кругу семьи и потому, что личность в своих действиях стала свободнее, и не обязана, как прежде, просить позволения перед приходом и уходом.

Казахское обычное право имеет и такое понятие, как проценты за заем. Размеры киргизских процентов весьма высоки. По сообщениям туземцев, честные киргизы берут 20% в год. Это они считали процентами ниже нормальных. В степи проценты ростовщиков достигают ужасающих цифр 200%-500% годовых.

Договор займа в мусульманском праве имеет некоторые особенности, он не является средством обогащения займодателя.

«Займ» представляет собой передачу вещи или денег в распоряжение должника в целях бескорыстной помощи и благородного дела, получение процентов при займе запрещено. Как мы отметили выше, в Коране по этому поводу говорится «бог позволил прибыль в торговле, а лихву запретил. Тот к кому придет это наставление, и он будет воздержан, тому будет за то снисхождение; деятельность его перед богом. А те, которые обратятся к прежнему, те будут страдальцами в огне и в нем останутся вечно» [43].

Подобные высказывания на счет долгов и ростовщичества есть в других аятах Корана и Сунны. Так же следует учесть, что в киргизском быту практикуется договор ссуды. Под ссудою разумеется договор, в силу которого одна сторона обязывается доставить другой для определенного безвозмездного пользования какую-либо движимую вещь на определенный срок или чаще на неопределенный под условием возврата той же вещи [48, с.29].

Ссуда обыкновенно совершается словесно, что объясняется кратковременностью этой сделки. Ссуда практикуется преимущественно по отношению к скоту, богатый киргиз считает своим долгом каждое лето снабдить не только неимущих родственников, но и многих знакомых необходимым скотом. Верблюды даются для кочевков, лошади для езды, а бараны и рогатый скот для удоя.

Одним из применимых в киргизском быту объектом ссуды бывают верблюды. Это усматривается из следующего показания Торгая: «За верблюда, нанятого возчиком за деньги у постороннего лица и павшего не по причине наложения чрезмерной тяжести, возчики не отвечают перед хозяином верблюда; за верблюда же, взятого в пользование без платы, отвечает. Впрочем, редко платят сполна, ибо бии принимают во внимание, что верблюд был дан, по знакомству и устраивают сделку на $\frac{1}{2}$, $\frac{1}{4}$, $\frac{1}{8}$ стоимости животного. Требование по суду полной стоимости верблюда означало бы явный разрыв упомянутых

отношений» [32, с.139]. Приведенная выдержка еще раз подтверждает безвозмездность киргизской ссуды, также показывает, что вознаграждение за гибель ссуженной вещи большею частью бывает меньшей стоимости его. Наконец, изучаемая выдержка из сочинения Н.И Гродекова свидетельствует, что при ссуде играют значительную роль нравственные отношения, следовательно, нет чисто юридических отношений, недаром в рассматриваемом примере говорится о верблюде данном «по - знакомству».

По киргизскому адату кроме скота и другие вещи первой необходимости берутся в ссуду. Подтверждение этому имеется в исследованиях Н.И Гродекова «В отсутствии мужа она (жена) управляет имуществом, например, дает по требованию мужнина друга, если он благонадежный, вещи на подержание». Дача вещей на подержание и есть ссуда [32]. По сведению Н.И. Гродекова все вещи даются в ссуду. Маковецкий Т. утверждает обратное, ссужаются основные вещи: юрты, телеги [50], что подлежит дальнейшему исследованию.

Значительное место в киргизском обычном праве отводится договору хранения, «аманат». Поклажа, называемая также отдачею на сохранение, представляется договором, по которому одно лицо передает другому на сохранение какое-либо движимое имущество, на определенный срок или бессрочно, за вознаграждение, с правом потребовать его обратно [38, с.146].

Поклажа большей частью бывает безмездной, потому что главная ее сфера нравственная, а юридическая сторона находится на втором плане.

Некоторые сведения материала Н. И. Гродекова нам доказывают это «Добросовестность по отношению к вещам, принятым на сохранение (аманат), есть обязанность нравственная, не юридическая, как видно из названия «божий аманат» (кудай аманат). Поэтому вещи поручают на сохранение только лицам, хорошо известным или родственникам.

Поклажедатель имеет право в любое время потребовать отданную им на сохранение вещь обратно, а в случае утраты по вине поклажепринимателя, может требовать вознаграждение за убытки. Это подтверждают следующие материалы Н.И.Гродекова «Вещи, находящиеся на сохранении, возвращаются хозяину при первом требовании. За злостную растрату и продажу их хозяин бьет виновного и привлекает к ответственности, как за воровство. За незаявленную потерю вещи, данной без свидетелей, назначают присягу ответчику или истцу, если они хорошие люди».

В исследованиях Д. Я. Самоквасова по рассматриваемому вопросу находятся два постановления.

§153 «Беде кому на сохранение дастся, а он утаит и запрется, то, если он человек уважаемый в народе, должен дать присягу, за недостойного же обязан принять присягу другой из его родственников, а буде тот и другой от присяги откажутся, то виновный должен заплатить все то, что дано было на сохранение».

§154 «Если достойный и недостойный присягою оправдаются, а после того откроется, что он действительно утаил бывшее у него на сохранение имущество, то причитается к воровству и платить, сверх иска, штраф за малое

девять штук скота, а если иск составляет более, то второе, так же двадцать семь штук разного скота» [39].

Впрочем, присяга назначается только в том случае, если вещь дана без свидетелей, если же были свидетели, то постановляют решение без присяги.

По вышеперечисленным материалам можно отметить, что киргизский адат сохранил в себе патриархальную сторону, дающую возможность бить поклажепринимателя в случае растраты и потери вещей. Клад у возчиков также считается аманатом. Утеря клада возчиком обязывает доставить ее к месту назначения одинаково, возвращается стоимость клада в двойном размере. В случае если, он вынужден был передать клад другому лицу, то он освобождается от ответственности при предъявлении расписки этого лица.

Сведения материала Н.И.Гродекова излагают следующее, « если во время пожара или другого бедствия погиб один только аманат, а не другое имущество, то присуждают к уплате стоимость его сполна» [32, с.122]. Если же аманат и имущество поклажепринимателя погибло, то платит половину стоимости его. В противоположность этому сведению, сведения сборника киргизского обычного права, изданного Семиреченской областной типографией, указывают, «если хранитель или приемщик поклажи своевременно и порядком, указанным в §183, заявит о порче или уничтожении, происшедших от стихийных или других причин, или утере вверенного им имущества, то за уничтожение, порчу или утерю его личной ответственности не несет, при чем имеет право требовать с хозяина возмещения расходов, понесенных при розыске утерянного» [35, с.411].

Данная теория, касающаяся договора поклажи сохраняется и в мусульманском праве.

Очевидно, адат по сравнению с мусульманским правом относится с недоверием к хранителю чужих предметов. Еще одна особенность мусульманского права, это при правилах шариата сдачи вещей на хранение есть особая форма использования вещи, именуемая «аризэ», что означает давать вещи для использования и взамен ничего не требовать. Так, можно дать одежду или что-то другое для временного использования без какой-либо платы.

С развитием экономических отношений и с расширением товарообмена между народами обычное договорное право казахов нашло отражение в письменных документах. Однако договоры обычно заключались в крупных размерах и касались всего рода. « Заключались внешние договоры между родами, общинами; между кланами, семьями; между индивидами. Такая картина укладывается в процессе выделения человека как индивидуального субъекта из некоторой группы, общины» [55, с.52]. Алимжан.К.А в своих исследованиях говорит « мусульманское и обычное право как таковое, хотя и являются самостоятельными формами права, обнаруживают значительное сходство, предопределенное рядом причин. Общность прослеживается как в целом, так и в частностях (на уровне институтов и норм). Подобное сходство можно объяснить тем, что мусульманское право на начальном этапе формирования во многом основывалось на обычном праве арабских племен северо-западных и центральных районов Аравийского полуострова,

занимавшихся в основном кочевым скотоводством...». Таким образом, взаимодействие обычного и религиозного права, в частности, мусульманского, происходит, как и в случае с иными формами права, в таких же известных формах, как рецепция и легализация. При чем эти формы, в принципе, одинаково действительны как для мусульманского, так и для обычного права. Иными словами, возможны как случаи легализации и рецепции обычных норм мусульманским правом, так и случаи легализации и рецепции мусульманских норм обычным правом [55, с.59].

Проведенные исследования свидетельствуют, что договор в XV веке оставался основным способом приобретения прав собственности на имущество и, в частности, на землю. В договоре теряют значение ритуальные обряды, происходит замена формализованных действий – участие свидетелей при заключении договора и рукоприкладство свидетелей без их личного участия.

Объектом договора является движимое и недвижимое имущество, преобладает устная форма договора, источником заключения договора являются правовые нормы.

Обычно- правовые нормы неотъемлемая часть, элемент истории казахского общества. Особенно данные нормы были значительны в областях семейно-брачных, хозяйственных и имущественных отношений внутри кочевых и полукочевых обществ, имеют свои особенности:

- обязательственное право имело свое место в гражданско-правовых, семейно-брачных, имущественных отношениях;
- источником договорного права наравне с обычным правом является мусульманское право;
- институты обычного обязательственного права, являясь конкурентно способным, устойчивым нашло свое отражение в современных гражданско-правовых отношениях.

Исторический анализ свидетельствуют, что в обычном праве казахов присутствовали и развивались такие виды договоров, которые нашли отражение в современных экономических условиях. Вместе с тем следует отметить, что брачно-семейные отношения, имели характер контракта или сделки, а именно рассматривался как договор купли-продажи. Данный вид контракта не принимает вид договора купли-продажи, так как не сохраняет обязательственную сторону, но сохраняет определенные условия

(см.таблицу приложение А,Б,В).

На казахское обычное право имело влияние мусульманское право, но было ограничено определенными рамками.

1.4 Отдельные институты обязательства в обычном праве казахов

Обычное право казахов, проверенное опытом предметной деятельности кочевников, есть в то же время проявление своеобразной, оригинальной духовной культуры, соответствующее экономическому базису экстенсивного кочевого общества, где жизнь отдельных индивидов еще находится в прямой зависимости от единства кочевников и подчинения воли отдельной личности социальному интересу всего

общества. В таком понимании аксиологическая основа обычного права казахов адекватно отражала этническое мировоззрение, специфический уклад жизни и социальную психологию казахского народа, его потенциальные возможности в обеспечении устойчивости и сбалансированности системы кочевой цивилизации [31, с.145].

При анализе общественно-политических отношений казахского кочевого хозяйства, прежде всего, необходимо уяснить то, что сами условия ведения кочевого образа жизни были жесткими и его социальное благополучие и нормальное функционирование находились в прямой зависимости не только от климатических условий, но и от действия, выработанного обществом гуманистических социальных институтов.

В таком понимании право кочевой цивилизации казахов являлось важнейшей этнической моделью мировоззрения с определенной ценностной ориентацией, своеобразным вариантом норм, функционирование которых несло в себе общегуманистические элементы родоплеменной демократии, коллективную взаимопомощь, родовую ответственность и господство духовного начала над материальными факторами, иначе говоря, у степняков в цене были не вещи, а поступки [31, с.146].

Действительно, гуманистическое содержание норм права кочевой цивилизации казахов реально отражало способ производства кочевого общества, и было направлено на обеспечение устойчивости соотношения социальных и личных интересов. Правовая идеология политико-правовой надстройки казахского общества вполне "соответствовала материальным нуждам" кочевников и "была приспособлена к национальному характеру...", образу жизни кочевников [42, с.95-96].

Проанализируем институты обязательства права кочевой цивилизации казахов на конкретных фактах социальной действительности номадизма.

Нормы обычаев сильны тем, что они выполняются как должное. Вследствие этого обычаи обладают силой действия по инерции как одно другое поведенческое правило. Внедрившись в психологию членов общества, нормы обычаев с трудом «выводятся» и «вытесняются» из нее другими нормативами не без вмешательства внешних факторов и стимулов [3, с.12].

По исследованию Мякутина А.И. "Благодаря слабому развитию потребности в обороте ценностей, сделки и обязательства в киргизском быту находятся в зачаточном состоянии и основаны на неустойчивых началах, но, тем не менее, и здесь встречаются все формы гражданских сделок и обязательств" [38, с.60]. То есть ученые указывают на существование заключения соглашений при принятии и исполнении обязательств в казахском обществе.

Обязательственное право - право одной стороны и соответствующая обязанность другой стороны или прав и обязанности каждого конкретного участника правоотношения покупателя, продавца, нанимателя. Основанием возникновения обязательств были договоры (келісім), причинения вреда и неосновательного обогащения.

Обычно-правовые нормы, сформировавшись, превратились в довольно устойчивую и развитую систему. Она оказалась конкурентоспособной в периоды колонизации края царской империей. Вводимые новой администрацией правовые институты, заимствованные из иных систем права, вытесняли вековые обычно-правовые нормы казахов из некоторых сфер общественных отношений в отдельных регионах и хозяйственных зонах или действовали одновременно. Кроме того, они оказывали заметное влияние на обычно-правовые нормы, видоизменяли или ускоряли их развитие особенно тогда, когда внедряемые правовые институты выражали более развитые формы общественных отношений и были приложимы к условиям казахского общества. Однако, как бы ни росло с годами влияние русской системы права и системы права шариата, важнейшие области общественных отношений дореволюционного казахского общества продолжали регулироваться преимущественно обычно-правовыми нормами.

Престиж обычно-правовых норм был значителен еще и в начале XX в., в особенности в областях семейно-брачных, хозяйственных и имущественных отношений внутри кочевых и полукочевых обществ.

Причина того, что обычное право казахов, взятое как система, оказалось устойчивым в изменяющихся условиях, заключается в том, что эти изменения меньше всего затрагивали социально-экономические основы общества. При переворотах и больших изменениях в экономических и социально-политических отношениях право публичное и уголовное подвергается более интенсивным изменениям, нежели право гражданское, нормы которого могут сохраняться или приспособляться к новым обстоятельствам экономики и социальных отношений.

В обычном праве казахов сохранились демократические начала, формы и институты, распространяющиеся на широкий круг отношений, начиная от семейных до политических. Впервые на гуманистическое содержание, демократические и духовные традиции, права казахов обратил внимание Валиханов Ч.Ч. Анализируя различные правовые институты, он высказал ряд оригинальных суждений, имеющих общетеоретическое значение для исследователей политико-правовых отношений кочевого общества казахов, "...право киргиз казахов по той же аналогии высшего развития с низшим, на которое мы так, любим, ссылаться имеет более гуманные стороны, чем законодательство, например, мусульманское, русское. В киргизских казахских законах нет тех предупредительных и устраняющих мер, которыми наполнены и новейшие европейские кодексы. У киргиз телесные наказания никогда не существовали. А законы родовые, по которым члены рода ответственны за своего родича, при родовых отношениях приносят много практической пользы" [42, с.94].

При исследовании казахского обычного права такие обычаи как саун, асар, жылу, журтшылык, аманат мал и другие разновидности подарков, принимали форму обязательств. Следует отметить, что все виды обязательств не входили в норму права, регулировались только обычаем,

вместе с тем ответственность за невыполнение обязательств рассматривалась в судебном порядке.

Важнейшим институтом кочевой цивилизации казахов был ат майы отдача во временное пользование рабочего скота, лошади для выполнения различных работ, поездок, а также дойной коровы, во временное пользование. Старики казахи, умудренные опытом, добрую половину жизни, прожившие в дореволюционное время, рассказывают, что бай (богач) мог, например, во время кочевания безлошадным одноаульцам предоставить лошадь для верховой езды, иногда вьючных верблюдов под домашнюю утварь. При этом он предупреждал пользователя о необходимости аккуратного и своевременного возвращения взятого скота. Как правило, в таких случаях какого-либо возмещения бай не требовал. Однако если безлошадный одноаулец отправлялся в город, на ярмарку или к родственникам в другой род, то бай за пользование верховой лошадию, требовал особого возмещения «ат майы», а за пользование другими транспортными средствами «көлік майы» [56, с.121]. Человек, пользовавшийся этой услугой, обязан был по обычаю в той или иной мере отблагодарить наделявшего подарками выполнением работ, поручений.

В источниках, по описанию киргизских обычаев, Д'Андре уделил специальный раздел «О подарках». Данный документ свидетельствует, что «каждому лицу, пользующемуся каким-либо уважением в орде, можно получать подарки, хотя то лицо и должностное». Другой вариант той же записи усиливает норму и говорит, что такое лицо даже «не может отказываться от принятия подарка» [45].

Источники подчеркивают такие обстоятельства, что одаривать дарителя такое уважаемое лицо отнюдь не обязано, хотя и может это сделать, основываясь на «почтении и уважении» к тому. Например, по постановлению следует: «Султан или другое видное лицо, остановившись в ауле и пробыв там некоторое время, хоть час, получает обыкновенно подарок от хозяина... Равным образом, если какое-либо лицо, пользующееся уважением, находясь в чужом ауле, изъявит желание быть знакомым с хозяином, попросит какую-либо вещь или скотину, то, какой бы ни была ценной та вещь, лишь бы принадлежала хозяину, подарок получает» [45]. Наконец устанавливается, что «пользующееся уважением» видное лицо не должно даже утруждать себя просьбой о подарке. «Султан или другое важное лицо если похвалит какую-либо вещь, то хозяин оной должен предложить в подарок...» [45].

Из архивных данных, используемых в данной работе, следует, что «у киргиз подарки очень употребительны, обязательные подарки существуют только в случаях смерти свата, тамыра, влиятельного лица и прочие, они называются актык. Обыкновенно в таких случаях делаются подарки серебром, скотом и вещами отдавать при этом не в обычай. Взаимные подарки бывают между посторонними лицами и называются тамыр-болмак. Споры из-за неравных взаимных подарков решаются через биев; случается, что подарок возвращается тому, кто его дарил, это бывает, когда

получивший подарок не в состоянии отдарить. В таком случае отбирать назад подаренное не считается неприличным в виду того, что отдаривать обязательно» [54, с.80].

В казахском обществе недостаточно четко прослеживаются общие принципы заключения соглашения или наложения каких-либо запретов. Получение родителями девушки калыма и последующая подготовка приданого является разновидностью заключения соглашения.

Чаще всего соглашения заключались в устной форме. К примеру, так называемое имущество "акмар", подаренное женихом невесте, в случае расторжения брака оставалось за ней. Это условие оговаривалось устно, но имело силу письменно составленного контракта. По этому поводу Н. И. Гродеков пишет: "...определяет "акмар" невесте при народе, но без расписки. При разводе жена, ее ближайший родственник или ее род требует, и получают по суду обещанный «акмар» [32].

В некоторых случаях устные соглашения заключались в виде торжественного публичного принятия клятвы либо в присутствии свидетелей, в обоих случаях это имело законную силу. Если согласно письменным законам следует придерживаться определенной формы контракта и указывается ответственность по исполнению обязательств, то в казахском обычном праве не указаны какие-либо строгие нормы, однако наличие конкретных условий очевидно. В условиях кочевой жизни институты обязательства гостеприимства развивались и укоренялись как обязательство и обычай.

Исходя из заключений, приведенных Д'Андре следует, что из приведенных выше норм имеется небольшое примечание: «Вообще не только султаны делают, но и простые, по преимуществу с богатыми людьми». Д'Андре записал здесь то, что сообщили ему Бии [35, с.157]. Данный источник подчеркивает, что эта норма фактически давала возможность бедноте пользоваться имуществом богачей. Во всей сюда относящейся записи он, как мы видели, подчеркивает, что право на обязательный подарок принадлежит султанам и «уважаемым людям».

Институт гостеприимства также имеет обязательственный характер «қонакасы». Связь его с общей родовой собственностью отражена в легенде об Алаше, который перед смертью разделил свое имущество на 4 части и, дав каждому из своих трех сыновей по одной части в «енші», четвертую передал им в общее достояние с тем, чтобы они при взаимном путешествии по степи не брали друг у друга платы за гостеприимство. При этом Алаш будто бы указал на необходимость подобного института, вытекающую из условий путешествий в степи, когда путник, всегда едущий верхом, не в состоянии вести с собой запас пищи [57, с.55]. Исследования в данной области имеются и у видного исследователя обычного права казахов дореволюционного Казахстана Н.И Гродекова. По сообщению Н. И Гродекова, в то время как одни бии считают, что хозяин кибитки должен даже платить кун за гостя, который умрет с голоду вследствие того, что ему было отказано в пище, и возмещение за павшую при таких

обстоятельствах лошадь, другие бии полагали, что неподача кунакасы не наказуема [32, с.113]. Но в то же время были и исключения. Отдельные сведения указывали, что, несмотря на то, что в голодный год многие умерли с голода, исков за неподачу кунакасы не было.

В источниках, описывающей путешествия по казахской степи, нередко можно встретить указание на то, что при приближении, как русских, так и казахских чиновных людей население уходит, пытаясь избежать встречи, которая в связи с кунакасы может оказаться разорительной. Казахская пословица по этому поводу говорит: «Если гость раз остановится, то это счастье, если два раза бедствие» [32, с.149]. Для султанов, старшин, биев «конакасы» это способ путешествовать без всяких лишних затрат, перекладывая свое и своей свиты содержание на плечи подвластных. Путешествующий бедняк не мог, конечно, рассчитывать на широкое гостеприимство. Это еще раз подтверждают данные, сообщением бия Чиныбекова, которое приводит Гродеков Н.И.: «Когда приезжий, знакомый или незнакомый, остановится перед закатом солнца у какой-нибудь юрты, то хозяин ее или колет барана для его угощения или удовлетворяет приезжего добрыми приветливыми словами. Если последнего гостю мало, и он сам заколет барана из стада юрта владельца и съест и если по этому поводу возникнет спор, то гость будет прав, а хозяин виноват» [32, с.149]. Не всякий гость в силах проявить такую настойчивость, поощряемую обычным правом, а для гостя, который в силах это сделать, приходится подать угощение, не дожидаясь неприятностей. На гуманистическое содержание обычая гостеприимства обратил внимание в свое время и Валиханов Ч.Ч. В нем он находил прогрессивный элемент общинно-родовой демократии [42].

Аргументируя свои выводы о преимуществе демократических общинно-родовых институтов, Валиханов Ч.Ч. отмечал, что они вполне соответствуют пользе, нуждам и кочевым обычаям народонаселения. Обычай гостеприимства в несколько видоизмененной форме существовал и в конце XIX начале XX вв. В связи с оживлением торговли, обмена, развитием буржуазных отношений и вызванным этим усилением личных контактов, институт қонакасы претерпевает изменения, ограничивается прием путников на оживленных участках дорог [42, с.94].

Так, Ереже чрезвычайного съезда биев Чарского съезда, автором которого был Абай Кунанбаев, гласили: "Обычай қонакасы и союз соблюдается, и виновные подвергаются штрафу от лошади с халатом до одного верблюда. Из этого Правила исключаются живущие на караванных дорогах у ярмарок, у переправ, джатаки в близи городов и селений и в близи пункта назначенного уезда [58, с.52]. Одним из видов обязательств в казахском обычном праве выступает институт «саун». «Саун» институт наделения скотом бедных крестьянских хозяйств, которые производились обеспеченными хозяйствами.

«Саун» (от «сауын» - доить) - договор передачи кредитором богатым скотовладельцем бедняку дойного скота во временное пользование за

отработку, чаще по уходу за скотом кредитора. При этом кредитор мог в любое время отобрать свой скот у бедняка и таким образом постоянно держал его в полной зависимости. Саун являлся одним из наиболее распространенных договоров, при помощи которого феодал-скотовладелец, хищнически эксплуатировал зависимого от него бесскотного казаха. Некоторые исследователи социально-экономических отношений в казахском обществе рассматривают саунные отношения в качестве наиболее характерных феодальных отношений в условиях кочевого хозяйства и быта [59, с.68-69].

Об объеме, характере и месте подобного рода отношений в экономической жизни обществ существуют противоречивые мнения. В отдельных источниках была высказана мысль, что саун представляет собой «перво клетку феодальных отношений» в кочевых скотоводческих обществах. Экономист С. Толыбеков в своей вышедшей работе утверждает, что наделение скотом крестьян в казахском обществе имело такое же социально-экономическое значение, как и наделение, помещиками крестьян землей в России. Характер «наделения скотом бедных родственников баем ничем по существу от этого не отличался», - пишет он. Оно было «основной формой проявления партиархально-феодальной эксплуатации в кочевом ауле» [60, с.38]. В данном случае социально - экономические отношения приобретали собой форму договора найма. Описание сущности сауна дал еще Георги: «Поскольку не всякий может иметь довольное для табунов своих число невольников, то богатые наделяют скудных скотом, а они в знак благодарности приглядывают за скотиной своих благодетелей. Ежели, табуны чьи-нибудь скоро размножатся, то он почитает сие благодатью и разделяет по бедным людям знатное число скота. Ежели сей податель пребудет во благо состоянии, то наделенные им люди не бывают ему за это в чем обязаны, если же он по причине скотского падежа, расхищения, по иным каким несчастьям лишится своих стад, то наделенные им прежде приятели дают ему такое же число или еще с приплодом скота, хотя бы у самих их мало затем оставалось. И потому богатый человек делает посредством таковых благотворении табуны свои как будто вечными» [61, с.131]. В каждом кочевом коллективе всегда встречались бесскотные и малоскотные крестьянские дворы, где основным источником средств существования было не личное хозяйство. Многие из них на положении «консы», почти даровых работников, обслуживали хозяйства богатых. Однако не их трудом и не ими определялись экономические отношения, господствовавшие в казахском феодальном обществе в целом [62, с.118].

Вместе с тем, «саун» в казахском обществе не был изобретением или установлением господствующего класса. Он своими корнями уходит в глубокую древность, и выражал в то время совместную помощь членов общины обедневшему, малоскотному хозяйству.

Тут мы видим двоякого рода отношение бая к оказанию «помощи» своему одноаульцу. Заинтересованный в том, чтобы одноаульцы кочевали вместе с ним, поскольку это диктуется интересами производственного цикла байского хозяйства, бай готов оказать некоторым из них «безвозмездную»

помощь. Во втором случае выезд одноаульца не сулит никаких хозяйственных выгод баю и в силу этого он уже относится к последнему, как к постороннему, лицу, требуя известного вознаграждения за использование скота.

Исходя из исследований об институте обязательства, вытекающего из обычного права казахов, в ходе данной работы дано определение понятия «саун». «Саун» - институт наделения скотом бедных крестьянских хозяйств, которые производились обеспеченными хозяйствами с целью оказания помощи и получения доходов от увеличения добавочной стоимости» /определение автора/

«Аманат-мал» - оказание богатым скотоводом помощи обедневшему сородичу, преимущественно скотом-молодняком [59]. Рядом с сауном, существовали и другие виды «родственной помощи» для эпизодического привлечения рабочей силы в хозяйство при постройках, полевых работах.

Понятие «асар» устанавливал для членов общины обязанность оказывать помощь родичу в сенокосении, рытье колодцев, строительстве зимовок. Тот, кому оказывалась подобная помощь, обязан был работающим на него родичам только хорошим угощением. Приглашающий сородичей помочь ему в хозяйстве, разумеется, не оплачивает эту помощь. Он только предлагает им угощение. Такая родственная помощь «теоретически» мыслится как взаимопомощь. Однако сообщая об этом Н.И. Гродеков прямо говорит: «К бедным, которые плохо угощают, не идут» [32, с.117]. Сведения Г.О.Яблонского подтверждают следующее: «Существует обычай помогать друг другу в работах за угощение или вознаграждение. Артели составляются редко, число артельщиков 10-15 ч. Артель управляется старшим лицом в ней или тем, кто более имеет преимуществ в предпринятом деле. Споры в артели решаются старшим членом или лицами из этой артели, неприкосновенными к делу, члены его, виновные в чем-нибудь, отвечают штрафом. Добыча промысла делится между членами артели соразмерно труду и внесенному капиталу каждого» [54, с.82].

Из этого можно сделать вывод, что Яблонский исследуя обязательство киргизского народа, институт «асар» подтверждает, что на этой территории развивались артельные группы, которые состояли из 15 человек. Его теория о развитии артелей ближе к договору товарищества, в котором возникают двухсторонние соглашения.

Большой научный интерес представляет также институт обычного права казахов "жылу" оказание коллективной, безвозмездной и разносторонней помощи обедневшему члену родовой общины от стихийного бедствия, массового падения скота.

Обычай «жылу» устанавливал для членов родовой и аульной общины обязанность оказывать помощь родичу скотом в случае джута или какого-либо другого стихийного бедствия, следствием которого являлась потеря скота. Родич, отказавший в такой помощи, терял право на ее получение сам, если наступала в ней необходимость [59].

По своему происхождению «жылу» является институтом взаимной выручки внутри кочевых коллективов, и в начале XIX в., он еще не потерял

своего старого значения. В отношениях между рядовыми кочевниками «жылу» имел позитивное значение. Поступления от «жылу» были незначительны, если он собирался в пользу влиятельного, знатного лица. Они были мизерными, некоторые даже отказывались участвовать в сборе средств, если он оказывался простому сельскому труженнику [56, с.122].

Формой взаимопомощи практиковавшейся между родственниками, был «ағайыншылық». Кочевники, обедневшие по тем или иным причинам: болезнь главы семьи, потеря трудоспособности, уплата несправедливых исков, жут обычно навещали своих более или менее имущих родственников по отцовской линии, и такой «беспричинный» приезд расценивался как просьба об «ағайыншылық» [56, с.123]. Родственники, согласившиеся оказать помощь нуждающемуся, ставили при нем определенную метку на скот, переходящий к нему, или давали словесное обещание о выделении ему скота к определенному сроку. В большинстве случаев жертвовался ягненок, теленок, козленок, реже жеребенок и крупный скот. К осени, когда скот был наиболее упитанным, а молодняк рослым, нуждающийся кочевник отправлялся за обещанным родственниками по «ағайыншылық» скотом. По мере того, как усиливался процесс смешения членов различных родов и их подразделений, нормами «ағайыншылық» стали охватываться все одноаульцы и их непосредственные соседи независимо от их родственных связей. Так отношения «ағайыншылық» перерастают в «жүртшылық» [59, с.69].

Обычай жүртшылық устанавливал для родственников и родичей несостоятельного договорного или деликтного должника, обязанность оказать ему помощь в уплате долга путем раскладки его между ними. Отказавшийся от участия, в такой помощи терял право на получение ее в случае необходимости.

«Жүртшылық» в отличие от «жылу» и «ағайыншылық» носил более обязательный характер. Заранее создавалось нечто вроде группы уполномоченных по организации «жүртшылық», в которой первый голос всегда принадлежал представителям знати. В обязанности этой группы входило определение размеров взноса каждого члена кочевого коллектива и сбор средств. Если сборы производились в пользу лица, пользующегося влиянием в данном ауле, то в них участвовали только одноаульцы. А если это был знатный человек, известный в более крупных коллективах кочевников, то сфера распространения «жүртшылық» соответственно расширялась. При «жүртшылық» помощь не обязательно должна была оказываться бедняку, нуждающемуся крестьянину, сбор пожертвований мог производиться и в пользу знатных, богатых кочевников, по какой-либо причине лишившихся части своего богатства. В казахском обществе было немало таких норм, узаконивающих «наделение» скотом представительной знати. Это производилось под разными предлогами, чаще всего рядовыми кочевниками «добровольно» возмещался материальный ущерб, который потерпел знатный человек, «отстаивая» общественные интересы, заботясь о благополучии одноаульцев. «Жылу», по А. Баллюзеку и Н. И. Гродекову, есть помощь

родовичу при постигшем его бедствии вследствие суровой зимы, неприятельского набега и разорения, пожара, голода.

Среди пустивших корни в глубокий пласт общинно-родовой демократии выделяется также институт кызыл-көтеру. Сущностное назначение его заключается в том, что в случае падежа у члена рода и одноаульца крупного рогатого скота, лошадей и верблюдов сородичи раскупали мясо с разделением частей туши на двенадцать частей, тем самым возмещали полную стоимость животного. Многие рассказывали, что в случае падежа скота, особенно в летнее время, когда сохранение мяса на долгие сроки было затруднительным, сородичи после извещения сразу же раскупали мясо по частям независимо от того, принадлежал ли этот имущим или неимущим. Русские ученые исследователи, серьезно занимавшиеся описанием правовых обычаев, подчеркивали гуманистическое содержание институтов родоплеменной демократии. По справедливой оценке видного исследователя и знатока обычного права казахов Л.Ф. Баллюзека « в деле вспомоществования ближнему киргизы нисколько не отставали от других народов и многих даже опередили». В жылу, по Баллюзеку А., участвуют не только сородичи - одноаульцы, но и весь род в целом. При отказе, участвовать в жылу угрожают исключением из рода [63].

Последний обычай, имеющий форму обязательства, характеризуется чертами более узкой общинной коллективности. При глубоком анализе можно констатировать, что это некоторые черты, родственные « дикой вере». Так, при разложении долга принуждают к уплате с мотивом, что были случаи взаимного «жүртшылыка» между предками. Это напоминает « вложившихся в дикую веру». Угрожают при этом « отсечь подол» и тем прекратить взаимное оказывание « жүртшылыка». «Кто откажется от взноса, тот лишается права на поддержку в свою очередь, когда с ним случится подобное же несчастье». В древности отсечением подола сопровождалась, очевидно, процедура исключения из круга лиц, связанных коллективной, взаимной ответственностью. Как и «дикая вера» «Русской правды», «жүртшылык» по своему происхождению связан с ответственностью за убийство, с обязанностью коллективно платить кун, что в древности было, очевидно, единственным «долговым, обязательством», которое могло возникнуть у члена рода.

Н.И. Гродеков, из своих материалов, относящихся ко второй половине XIX в., признавал, что «помощь на уплату долгов... оказывается всегда соразмерной влиянию в обществе того человека, который задолжал». Н.И. Гродеков приводит и очень убедительный пример «жүртшылыка» в пользу влиятельного лица, волостного управителя Бикиджанова. После смерти Бикиджанова на уплату его частных долгов было собрано по рублю с кибитки, всего семь тысяч рублей [32, с.112].

Выводы об отдельных институтах обязательства в обычном праве казахов были представлены на основании исследований Н.И. Гродекова, А. Баллюзека. Вместе с тем имеются исследования и современных специалистов. Так в своей работе «Право кочевой цивилизации казахов»

Узбекулы. С, считает, что «кочевое право казахов в нормативном порядке закрепляет коллективную взаимопомощь в форме отдельных институтов: жұртшылық, ағайыншылық, ат майы, қызыл көтеру, қонақжайлық, обеспечивающие благополучие, достаток, справедливое распределение богатства, защитный механизм общества от тяжелых природных условий» [31, с.154]. Таким образом, как правильно замечает С. З. Зиманов, что "...значение казахского права выходило далеко за пределы своей собственно регулятивной нормативной роли в этнокультурных границах казахии. Оно несло и выполняло одновременно несколько функций: регулятивную, управленческую, объединительную, охранительную и гуманистическую. Оно было в широком смысле законом и властью, источником общественного бытия и нравственности, искусством и духовной ценностью. Этими чертами, видимо, обусловлены его жизненность и удивительная устойчивость перед лицом целенаправленного и мощного натиска мусульманского права, монгольского права и других иноземных систем права, таких же кочевых, полукочевых сообществ, оседлых и земледельческих культур и государств, в том числе русского законодательства. Их влияние на казахское право не переросло в разрушительную силу. Оно затрагивало лишь верхушки общества, отдельные его социальные пласты. Доминирующая регулятивная позиция и импульс саморазвития казахского права сохранились до новейшего времени [3, с.17].

В ходе рассмотрения ряда источников, подтверждающих многочисленные обычаи, следует, что обычаи имеют добровольно обязательственное исполнение, связывают широкий круг сородичей, одноотделенцев, одноаульцев. Из рассмотренных материалов имеется возможность сделать вполне обоснованный, бесспорный вывод:

- обычаи сохранились в качестве бытовых особенностей;
- своеобразных правил приличия;
- как институты обязательства.

Отмеченные обычаи не оставляют сомнения в том, что они являлись добровольными, и сохраняют основные черты, находят отражение в традициях обычаях современности.

Таким образом, древневосточные и европейские правовые системы имели сходство с обычным правом в казахском обществе, в сфере договорного и обязательственного права, однако имели определенные отличительные черты:

- договоры в вышеперечисленных государствах, заключались в сложной форме и обязательства, вытекающие, из договора приобретали жесткую форму ответственности, которые переплетались с формами уголовной ответственности, принимающая материальную сторону (пеня, штраф, процент);

- осуществлялось вмешательство государства, как при заключении договорных обязательств, так и его исполнении регистрация сделок купли-продажи недвижимого имущества, государственная регистрация отдельных видов договоров для точного исполнения.

Отличительная черта древневосточного, европейского обязательства самозаклад должника «нексум». В общей истории и в истории права

встречаются мысли и мнения относительно систем права, а именно обязательства и его исторической эволюции.

На развитие института обязательства влияли:

- внешне и внутренне политические условия.
- обычаи, заимствованные из других правовых систем.
- историческая эволюция института обязательства в правовой системе.

Внешне и внутренне политические условия оказали следующее влияние на развитие договорных отношений:

Договор в XVII веке оставался основным способом приобретения прав собственности на имущество.

- объектом договора было движимое и недвижимое имущество, преобладала устная форма договора, источником заключения договора были обычно правовые нормы и мусульманская правовая система.

- источником договорного, обязательственного права наравне с обычным правом является мусульманское право.

- институты обычного договорного права, являясь конкурентно-способным, устойчивым нашло отражение в современных гражданско-правовых, имущественных отношениях.

- обязательства вытекали как из договора так из соглашения.

- обещание и воля является основой возникновения обязательства.

2 ТРАДИЦИОННОЕ ОБЫЧНОЕ ПРАВО КАЗАХОВ ОБ ОБЯЗАТЕЛЬСТВЕ И ЕГО СОВРЕМЕННОЕ ЗНАЧЕНИЕ

2.1 Эволюция и особенность договорных отношений казахов

Одним из самых малоизученных вопросов в историко-юридической науке является вопрос об истории эволюции договорных отношений, а именно после присоединения Казахстана к России. В досоветское время договорные отношения изучались в контексте обычного казахского права, на основе этого обычного права делались попытки дать общую характеристику тех или иных отраслей договорного обязательственного права.

Одним из основных источников действующего права в Казахстане вплоть до первой половины XX в., оставались нормы обычного права. Наряду с адатом в Казахстане действовали многочисленные законы царского правительства, активно содействуя укреплению системы колониального и феодального гнета в Казахстане, и нормы шариата, основанные на правилах ислама (Корана). Оригинальность мусульманской системы права в отличие от других правовых систем заключается в том, что в своей основе она имеет главный источник Коран. Коран – священная книга мусульман. Гражданское право – означает термином «муамалат». Наибольшее значение и распространение имели нормы адата.

О развитии ислама в работе Фукса С.Л., говорится: «...в последующие периоды, владычества монголов и организации золотоордынских ханств которые прочно воспринимается мусульманством и время джунгаро-калмыцких

набегов на казахов (середина 18 в) ислам все глубоко проникает в казахскую степь» [64].

Практическое применение норм шариата во многом зависело и от личных взглядов тех или иных ханов и султанов. Нормы шариата впервые официально были признаны составной частью обычного права казахов. Отношение царского правительства на распространение ислама в Казахстане, изложено в одной из объяснительных записок правительственной комиссии по проекту «Временного положения об управлении в степных областях» в 1868 г. В этой записке указывалось: «В начале нашего владычества в степи политические интересы требовали утверждения в киргизском народе и во всей Средней Азии убеждения в неприкосновенности их веры. Это причина вместе с желанием привлечь на свою сторону ханов, султанов и вообще влиятельных людей в степи привела к тому, что на первых порах правительство наше не только оказывало исламу полную терпимость, но даже и некоторое покровительство [65].

И к началу XIX века число представителей мусульманского духовенства, прибывших из Бухары, Хивы, Татарии значительно увеличилось. Разъезжая по степи, они прививали народу религиозные догмы ислама, преследуя при этом основную цель; отторжение Казахстана от России и подчинение его к остальным среднеазиатским ханствам.

Осознавая ошибочность своих мероприятий, направленных на усиление роли мусульманского духовенства в Казахстане, царское правительство стало прибегать к различным тактическим приемам, чтобы приостановить проникновение ислама.

Однако в течение XIX века роль и значение шариата значительно возрастает. Несмотря на это, казахское обычное право в течение нескольких столетий развивалось на базе отсталого натурального замкнутого хозяйства. Отсталость и неразвитость производительных сил общества нашли свое отражение в системе правовых взглядов и прав учреждений. Со временем в нормах казахского обычного права сохранилось немало пережитков патриархально родовых отношений (обычай, калым, жылу, журтшылык).

Однако казахское обычное право, не следует рассматривать, как нечто неизменное, застывшее, как некую постоянно действующую систему правовых норм.

В начале со II половины XVIII века и в особенности XIX веке и в связи с развитием новых более высоких форм хозяйства в Казахстане, зародившихся в результате присоединения к России, в обычном праве происходит заметная трансформация в нормах права. В ней отражалось развитие товарно-денежных отношений.

Казахское обычное право трансформировалось по мере усиления влияния России и распространение имперского законодательства. Изменения эти затрагивали основы уклада жизни кочевников, а, следовательно, и правовые установления, регулирующие обусловленные ими общественные отношения.

В «Памятной книжке семипалатинской области» за 1901 г., указывалось, что среди киргиз натуральное хозяйство начинает сменяться, а вместе с тем и незаметно меняются нормы обычного права [66].

С развитием торговли в гражданско-правовых нормах обычного права появились статьи, регулирующие ссуду денег, задаток, проценты, неустойки, хранение, которые не были известны уложению Касым хана, Есим хана, Тауке хана.

В сферу обычно правового регулирования попадали и отношения, ранее совершенно неизвестные. Так, казахскому обычному праву были незнакомы правонарушение, связанные с нарушением правил сдачи земель в аренду. «После присоединения Казахстана к России пастбища, используемые ранее казахскими общинами, обеспечивающие зимовки скота, были переданы по частям казакам, переселенцам и иностранным промышленникам-капиталистам, лишив кочевую общину монопольного права распоряжаться кочевьями. Земля была объявлена государственной собственностью. Лишь часть земли царизм сохранил для общинного землепользования. В результате проникновения капиталистических элементов в казахскую общину феодально-родовая знать, получившая большую поддержку царизма, захватывала общинные земли и сдавала их своим же соплеменникам. В тех случаях, когда земля была передана в общинное пользование, она могла быть также сдана по договору аренды. В этом случае арендодателями выступали казахские общины. Вместе с тем, общинный коллективизм терял свое значение, в результате дифференциации между членами общины отдельные лица позволили узурпировать земли, поэтому договор аренды в основном стал заключаться между богатыми казахами и переселенцами. Арендодателями выступали казаки и русские переселенцы, а арендаторами казахи, поскольку испытывали острый дефицит земли» [49].

Судьба обычного права казахов в период присоединения Казахстана к России очень сложен, он отражает нелегкую службу казахского народа.

В Казахстане он усложнялся рядом дополнительных обстоятельств, связанных с социально-экономической отсталостью края, территориальной разбросанностью населения.

Но по мере того, как шел процесс превращения Казахстана в царскую колонию русские чиновники принимали все меры к тому, чтобы изменить нормы казахского обычного права в целях приспособления их к интересам колонизаторской политики. Превращение Казахстана в колонию русского царизма и влияние русской капиталистической экономики отражение нашли также на системе права казахов. Остатки патриархальных отношений в этой системе должны были все более исчезать. Несомненно, на рубеже XIX – XX в.в., господствующий класс не ограничивался применением только норм адата, и что роль царского законодательства в осуществлении классовых репрессий с этого времени чрезвычайно усилилось. Однако казахское обычное право, в качестве одного из источников права, с теми или иными изменениями продолжало действовать. До 20-х годов XIX в., царское правительство почти не вмешивалось во внутренние дела казахских ханов, султанов, биев по

управлению. Казахское обычное право на территории младшего, среднего жузов, находящихся в подчинении среднеазиатских ханов, действовало без каких-либо изменений. Ограничительные меры по отношению обычного права казахов стали проводиться царским правительством в начале со II четверти XIX в. Присоединение Казахстана к царской России ускорило развитие феодальных отношений на основе распада патриархально-родовой общины. Развитие производительных сил и изменение общественных отношений привели к изменению правовых норм.

Следовательно, анализ исследования материалов свидетельствует, что особенностью договорного права периода после присоединения Казахстана к России, особенно в конце XVIII - начале XIX веков, было то, что договорное право представляло собой совокупность правовых норм, регулирующих гражданско-правовые отношения, различные по своему содержанию, правовой цели, порядку оформления. Так, разложение общины и проникновение в нее капиталистических элементов хозяйствования породили совершенно иную сущность используемого еще в обычном праве договора купли-продажи. Однако, по обычному праву казахов договор купли-продажи осуществлялся путем обмена и был направлен на удовлетворение личных потребностей сторон. Для данного вида договора характерна черта коммерческого договора, и капитализма. Следовательно, с проникновением капиталистических отношений стали применяться в обороте русские рубли. Особенностью этого договора явилось то, что обмен товаров и их продажа стали осуществляться посредством денег. Казахи, которые использовали в качестве эквивалента мены скот, впервые получили возможность иметь деньги в виде русских рублей.

Появились новые виды договорных отношений, неизвестные адату, изменилось правовое положение членов казахско патриархальной семьи в сторону расширения правоспособности отдельных членов семьи.

Как и во второй половине XIX века, формирование права в Казахстане в конце XIX в., и начале XX вв., базировалась на трех основных источниках:

первый из них - общеимперское законодательство, многие правовые нормы которого действовали и в Казахстане;

второй - законы, издаваемые царским правительством специально для колониальных окраин Российской империи и отдельно государственно-правовые нормы, действие которых распространилось только на Казахстан;

третий - казахское обычное право, особенно в виде ереже, принимаемых чрезвычайными съездами биев. Надо отметить, что развитие казахского обычного права происходило довольно медленно, под сильным непосредственным влиянием имперского законодательства и отражало в основном интересы феодально-байской верхушки и начинавшейся зарождающейся местной казахской буржуазии.

В пореформенный период значительное место имело развитие обязательственного права. В правоотношениях с русскими, татарскими и другими купцами, торговцами казахи часто прибегали к нормам русского обязательственного права. Во многих случаях договоры заключались в

письменной форме. Обязательственное право прослеживается и в Положении, принятом в конце XIX в., и в отношении земельной собственности.

«Временные положения 1867-1868гг» подтверждали, что все земли, занимаемые кочевыми казахами, а также леса, произрастающие на них, объявляются государственной собственностью. По имеющимся источникам, а именно, в «Обзоре Акмолинской области за 1805г.», говорится о колонизации киргизской степи, где под прикрытием переселенческой политики русские крестьяне самовольно поселялись на избранных территориях [67, с.297].

На основании «Временного положения 1867-1868гг.» казахские, аульные и волостные общины имели право сдавать в аренду промышленникам, купцам русского происхождения земли, которые им были отведены под зимние пастбища и кочевки.

Как бы в направлении переселенческого вопроса на соответствующий путь его решение, рядом с официальной, правительственной колонизацией в степи существовала колонизация неофициальная, по почину крестьян, самовольно поселившихся на избранных ими участках киргизских земель, по арендованному договору с владельцами последних, или даже без всякого их согласия, облюбовав подходящие для себя земли, крестьяне заарендовали их у киргиз для хлебопашества на более или менее продолжительное время и затем производили на этих местах жилые постройки и устраивали домохозяйство, так образовывались целые поселки. Данный материал подтверждает нам, что хотя договор аренды заключали казахи жители данной территории, этот договор считался формальным, так как по положениям 1867-1868 гг., «все земли считаются государственной собственностью». Договор аренды заключался на срок 30 лет в письменной форме [68].

Арендные договоры на зимовки и пастбища, строения казахи стали заключать друг с другом. Такие договоры заключались обычно на один сезон и в устной форме. Арендная плата, как правило, вносилась скотом, хотя право сдачи в аренду земель предоставлялось общине, было введено ограничение института вакуфных земель, оно было узурпировано богатыми лицами, которые по своему усмотрению сдавали в аренду земельные участки, присваивая себе арендную плату.

Особое место по своему юридическому положению занимали земли сибирского казачьего войска общей площадью в 5 млн. десятин. Согласно повелению царя из этих земель выделялись участки казачьим офицерам. К концу XIX в., в их руках находилось более 500 тыс., десятин удобных земель в Акмолинских и Семипалатинских областях. Эти земли сдавались в аренду казахам. Арендная плата поднималась с каждым годом. Так за сравнительно короткий период (20-25 лет) арендная плата по отдельным участкам повысилась более чем в 5,5 раза. Исследователи отмечают тяжелые условия аренды. «Киргиз-арендатор вынужден в большинстве случаев беспрекословно подчиняться той или иной системе оплаты, в противном случае он должен выселиться с насиженного места, что неизбежно ведет за собою массу неудобств и затруднений. Прежде всего, зачастую просто некуда выселиться,

кругом уже все занято, да и условия аренды всюду приблизительно одинаковые [69, с.13].

Офицеры, сдающие земли, были своеобразными помещиками. Взимаемая ими арендная плата выражалась в большинстве случаев не в деньгах, а в труде. Земли арендовались общиной, и плата с ее членов взималась на уравнительных началах. Правовое положение почти полумиллионного населения характеризовалась полной зависимостью от собственника земли. Отсюда вечное опасение за свое существование. Арендная плата в среднем на одно казахское хозяйство составляла 13 руб. 25 коп, что вдвое превышало общую сумму всех налогов и повинностей. Выгоду от этого получало, как правило, феодально-родовая верхушка, практически захватившая общинную землю в свое распоряжение, и богатые арендаторы [70].

В рассматриваемый период в Казахстане получают дальнейшее развитие договор найма. Основной причиной его развития был распад общины и рост имущественной дифференциации в казахском ауле. Проникновение товарно-денежных отношений привело к формированию торгово-ростовщической верхушки баев с одной стороны и с другой - обнищавшей группы байгушей и консы.

Ослабление принципов внутриобщинной взаимопомощи и совместной трудовой деятельности на основе коллективной собственности усилением классовой имущественной дифференциации в казахском обществе, с ликвидацией тюленгутства и рабства повлекло за собой распространение договора личного найма. Такую рабочую силу могли предложить только полностью обедневшие и выбившиеся из родовой общины безскотные казахи [56, с.115].

В районах земледелия батрак-казах по договору найма получал во временное пользование сельскохозяйственные орудия и ими обрабатывал полученный участок земли, за что отдавал своему нанимателю значительную часть выращенного урожая. Нанимавшийся должен был сам или со своей семьей делать все, что укажет наниматель. Наниматель в некоторых случаях предоставлял нанявшемуся юрту, молочный скот, который после окончания срока найма возвращался хозяину. Никаких юридических гарантий интересов работника ни договор, ни обычное право казахов, ни русское право не предусматривали, что создавало условия для эксплуатации рабочей силы.

Важно отметить, что союз царских колонизаторов складывался на основе углубления эксплуатации трудящихся. В развитии и углублении эксплуатации трудящихся местными феодалами союз феодалов с царскими колонизаторами сыграл огромную роль.

Несомненно, что феодальные отношения не находились в застывшем состоянии, они развивались, однако заметно начали развиваться за крепостительные тенденции лишь в начале XIX в., после поражения двух крупных движений - движения казахов во время крестьянской войны Е. Пугачева и движения Срыма Датова.

Вместе с тем необходимо отметить, что, несмотря на определенные тенденции проникновения и влияния России, полного распада общины не

произошло и в конце XIX в начале XX вв., социально-экономические отношения в казахском ауле продолжали основываться на общинных принципах. В исторической литературе приводились данные об оживленных торговых связях казахов, в особенности пограничных районов, с соседними государствами. В частности, на юге среднеазиатские ханства в значительном количестве закупают у казахов скот и обменивали им свои товары.

Одной из особенностей товарно-денежных отношений в Казахстане в рассматриваемый период было то, что в их развитии преобладающую, все более активизирующуюся роль стала играть Россия, настойчиво проводившая политику колониального подчинения Казахстана. Царское правительство стремилось превратить казахскую степь в обширный рынок для реализации залежалых, низкосортных товаров и в источник сырья для русской промышленности. Иначе говоря, колониальная экспансия со стороны царской России сопровождалась и экономическим проникновением в Казахстан. Надо заметить, что в экономических связях между казахами и иноземными купцами были более развиты договор купли продажи, чем в отношениях между самими казахами, в которых преобладал натуральный обмен ценностями. Однако некоторые исследователи отрицают, внутреннюю торговлю в казахском обществе. М.Красовский писал, что «внутренней торговли, так же обмена, который производился бы между киргизами различных местностей, в области сибирских киргизов почти не существовало» [51, с.297].

Торговля поддерживалась с китайскими владениями. Наряду с безденежными взаимными обменами товаров расчеты при заключении сделок производились на основе денежных знаков той стороны, которая владела ими и обеспечивала их курс.

Противоположные сведения о торговых сделках в казахском быту содержатся в исследованиях Георги, который отмечает «всякая торговля производится обменом, причем овцы служат как – будто бы размером» [61, с.136]. «Казахи торговали не на деньги и цены не знают, следовательно, их не имеют...» - указывал Броневский в 1830 г., [71, с.187].

Е.Кайдалов, сопровождавший в 1824 г., торговый караван, следовавший в среднеазиатские ханства, сообщает в своих записках, что в «пути купцы производили только обменную торговлю с казахами, получая от них скот, кошму, тулупы, арканы в обмен на промышленные товары» [72, с.94-95].

Г. Колмогоров писал, что казах «не продает скот на деньги, не любит их, как приносящих ущерб его хозяйству и благосостоянию, вот почему полудикарь очень серьезно смеется над жадностью к деньгам» [47, с.21].

Судя по вышеуказанным материалам, исследователи характеризуют состояние торговли в отдельных районах обширной страны, ведь основным фактором является то, что в первой половине XIX в., деньги не вошли еще прочно в обиход у казахского населения. Достоверным являются исследования А. Левшина, когда он писал, что нельзя «под именем торговли киргизской разуместь торговлю на деньги, какую ведут между собою европейцы. У киргиз-казахов она находится еще в первобытном виде.» [30, с. 388- 389].

В первой половине XIX в., отмечается относительно интенсивное развитие товарно-денежных отношений в Казахстане. Это рельефно отразилось не столько на количестве обмениваемого скота, сколько в расширении сферы обращения и проникновения товарно-денежных отношений вглубь страны. Торговые сделки обычно заключались к глубокой осени, когда заканчивался нагул скота и кочевники, возвращаясь к своим зимовкам, делали заготовки продуктов на зиму.

Крупные торговые сделки заключали казахи с иноземными купцами и в сибирском ведомстве. Существовали определенные торговые центры, которые назывались меновой двор и где производились все осуществимые сделки по купле - продаже, обмену и так далее. Крупным поставщиком товаров в казахскую степь и потребителем основной массы скота и скотоводческой продукции, которые сбывали казахи, являлась Россия. По некоторым сведениям можно полагать, что казахи были крупными поставщиками скота, особенно мелкого. Поэтому-то царское правительство стремилось вовлечь в торговые отношения все большее число кочевых коллективов, посылая им специальные приглашения прибыть на ярмарку или меновой двор.

Официальные материалы подтверждают, что Россия в большинстве случаев экспортировала в Казахстан, низкосортные, не имеющие достаточного спроса в метрополии промышленные товары [56, с.91]. Русские купцы в продолжение всего пути вели оживленную обменную торговлю с казахскими аулами. Половина товаров каравана распродавалась казахам. Зато купцы к месту назначения пригоняли скот и привозили массу скотоводческого сырья, приобретенного по дешевле, так что перепродажа этих товаров приносила им большие прибыли. Серьезное значение имело и то обстоятельство, что русские и среднеазиатские купцы обладали большим коммерческим опытом, стремились получить как можно больше барыша, а казахи в подавляющем большинстве своем не имели такого опыта и куплей-продажей занимались с единственной целью удовлетворения личных потребностей.

Важнейшей мерой укрепления влияния царизма в степи, оказавшейся очень эффективной, было развитие договора купли-продажи. Но торговля служила не только для завязывания экономических связей с соседними территориями, являлась в то же время средством колониального грабежа казахов. В сведениях А.И.Левшина содержатся общие правила по отношению торговли в рассматриваемый период. В положении Устава о сибирских киргиза §188 указывается, что «каждый киргиз имеет право сбывать свои собственные изделия свободно, как внутри округа, так и вне онога», также в §191 указывается, что «всякий российский торговец, имеющий право заниматься торговлю в другой губернии, может через таможи и заставы ввозить свои товары, для мелочной продажи в киргизскую степь», а по положению §192 полагается «азиатским иноземцам, которые поодиночке входят будут к киргизам для мелочного торга, позволять сие могут султаны, каждый для вверенной ему волости, позволяется султанам брать с них пошлины, какие взимать признают за удобнее, по согласованию и в пользу целых обществ» [30, с.415].

Вышеуказанные положения дают свободную волю в развитии договора купли-продажи также торговых связей не только русским купцам, но и азиатским иноземцам, без взимания пошлин и сборов. Это торговля в казахском быту носила грабительский характер. Пользуясь неграмотностью и не информированностью казахов в отношении торговли, иноземные купцы торговцы наживали огромные прибыли.

Наряду с крупными купцами действовали мелкие торговцы, в частности имущий слой казахов Уральского войска и прочих при линейных жителей. Деятельность их и приказчиков крупных торговцев не ограничивалась меной при линии, они проникали со своими товарами в степь. На таких экспедициях через неэквивалентный обмен наживались огромные барыши. Казахи должны были за продаваемые им товары расплачиваться продуктами скотоводческого хозяйства. Так, например, требовали барана за полфунта чая и фунт сахара. Барана брали за бритву, стоившую 15 копеек, а за самовар отдавали целое стадо в 10-15 баранов. Красовский М. отмечает, что в результате подобного обмена за разовый заход промышленные купцы увеличивали свои оборотные капиталы не менее чем в 4 раза, за вычетом всех издержек и расходов [51, с.289-290].

Важное значение имеют сведения при правлении первого Оренбургского губернатора И.И. Неплюева, эти данные, приводимые начальником Петропавловской таможни Чернявским: например, чугунный котел менялся на меха, причем за каждую азиатскую четверть (5 верш) в окружности брали 1 лисицу или 4 корсака или 3-5 лучших тулупных мерлушек. При таком обмене котел весом 1п., имевший в окружности 10-12 четвертей, в переводе на деньги стоил около 50 рублей, а покупался он на ирбитской ярмарке за 2 рубля.70 коп [70].

Таким образом, вышеуказанные сведения показывают на то, что торговля носила явно не эквивалентный, грабительский характер.

Относительно торговли 1828 г., свое мнение выразил сенатор Энгель «главное участие в сей торговле, имеют обыкновенно местные начальники. Торговцы покупают товары из третьих рук и променивают киргизам по высоким ценам и с довольно отяготительными условиями» [70, с.4].

О мошенничествах со стороны купцов в торговле с казахами, на меновых дворах Оренбургского ведомства сообщал попечитель при линейных казахов на Уральской казачьей линии в 1849г. [73, с.63]. Один из крупных русских купцов С.М. Деев признавал, что «русские купцы не стеснялись в эксплуатации киргизов и только при помощи эксплуатации наживали громадные капиталы» [74, с.47].

В рассматриваемый период наравне с договором купли-продажи, который тесно переплетаются друг с другом особую роль в развитии торговли, играл договор ссуды, который практиковался еще по обычному праву.

В первой половине XIX века для Казахстана в развитии торговых отношений характерно широкое развитие деловых отношений. Это обуславливалось теми конкретными формами торговых сделок, которые получили широкое распространение в Казахстане и вытекали из природы казахского общества. Обычно купцы ссужали казахам под грабительские

проценты товары фабричного производства чай, сахар, ситец, шелк, хозяйственные инструменты; за полученные товары через определенное время, казахи были обязаны расплачиваться скотом-молодняком, и обязывались вырастить до одно - двух годовалого возраста. Кочевник не всегда может пригнать на рынок достаточное количество скота для приобретения необходимых товаров. Он вступает в сделку с купцами, затем получает товары на условиях оплаты скотом в определенное время. В свою очередь купец заинтересован, посредством такой сделки увеличить оборот товаров и обеспечить себе известную выгоду. С самого начала потребитель товаров оказывается при этом в невыгодном положении.

Покупатель вступает в сделку не как равный контрагент, а как лицо, просящее товары в ссуду. Такая форма сделок постепенно охватывала все новые и новые слои населения, и товаровладельцы все чаще прибегали к раздаче товаров в ссуду.

Так, например, Иртышские скотопромышленники к зиме выдавали казахам в ссуду значительное количество муки с условием оплаты ее стоимости скотом в следующем году. Причем стоимость скота должна была быть в 2-3 раза меньше рыночной. Таким образом, через год за товар с рыночной стоимостью, скажем, 100 рублей, скотопромышленник получал скота на сумму в 200-300 руб. [75, с.24].

По примеру русских купцов они даже практиковали отдачу мелких товаров в ссуду, под баранов «Я сам был свидетелем, - пишет Г.Колмогоров, - как, например, бритву..., покупаемую в округах и городах за 30 коп, сер, и более, эти торговцы в волостях отдавали под барана, а были случаи, что отдавали под бычка» [47, с.31]. Поэтому можно утверждать, что развивались отношения ссудных операций. Для зарождающейся казахской национальной буржуазии алыпсатаров, купцов договор ссуды носил уже чисто денежный характер. Для ведения торговли, в Казахстане они получали в русских и иностранных банках под высокие проценты денежные ссуды.

При ознакомлении с материалом А.Левшина обращает, на себя внимание Положение Устава о сибирских киргизах §152 в нем говорится «На первое заготовление хлеба производится из казны ссуда для каждого округа по 30.000 руб....» [30, с.412]. Из изложенного не трудно увидеть, что не только купцы, торговцы вступали в договор ссуды, но практиковалось это с государственной казной. Особенность этого договора заключается в том, что процентные надбавки не взимаются. В таком именно темпе, ссуда в денежной единице выделялась крестьянам переселенцам в форме правительственной помощи для покупки скота, продовольствия и так далее.

Таким образом, к концу первой половины XIX в, русские деньги имели гораздо более широкое распространение в казахском обществе, нежели это было, скажем, в первой четверти того же века. Внедрению денег способствовало ряд обстоятельств.

Во-первых, в связи с усилением торговых связей с соседними государствами форма обмена не соответствовала содержанию.

Во-вторых, казахи постепенно убеждались, что торговля в обмен не выгодна.

В третьих, правительственная налоговая политика заменила натуральные повинности денежными.

Хотя все вышеперечисленные обстоятельства способствовали развитию денежных отношений, надо отметить, что в первой половине XIX в., все договора купля-продажа, ссуда, наем носили в основном еще меновой характер. Также существенные изменения в правовую систему были введены по положениям 1867-1868 гг., которые были приняты как временные, но Казахстану пришлось жить по ним несколько десятилетий.

По положениям 1886 года произошли изменения в судебной системе. Вводилась существовавшая в России должность мирового судьи, рассматривающего иски по личным обязательствам и договорам. Если обычное договорное право не знало деления на гражданско-правовую ответственность и гражданские иски. То положение 1886 года подразделяет, такие иски, и степень родства не занимает ведущее место в данной правовой системе. Таким образом, можно сделать вывод о том, что в первой половине XIX в., договорное право казахов сложилось под влиянием тех же факторов, общественно-политических и социально-экономических условий, что и обычное право казахов. Сложившись на протяжении длительного времени, договорное право было переплетено с имперским законодательством, и отражало все изменения, происходящие в процессе общественной жизни.

Значение присоединения Казахстана к царской России в области правовых отношений обусловлено не только в том, что оно имело своим последствием развитие отдельных новых правовых институтов, появление которых было вызвано изменением экономических отношений, но и в том, что как сказал один из исследователей адата И.И. Крафт в 1898 г., «Обычное право подвергалось таким изменениям, что от прежнего адата остаются чуть заметные следы, перепутанные разными наслоениями» [76, с.184].

Введение в дореволюционном Казахстане единой системы права Российской империи содействовало изменению казахского адата. З.Ж. Кенжалиев в своей работе «Казахское обычное право в условиях Советской власти 1917-1937 гг.» писал, «...это внутренне организованная, относительно самостоятельная система традиционных норм институтов, уходящая своими корнями в глубь веков» [77, с.3].

Судьба обычного права казахов в условиях Советской власти, в общем, выглядит, с одной стороны как история постоянного и целенаправленного сужения действий его норм в сфере юридической надстройки края и вытеснения их из нее органами государства диктатуры пролетариата. В результате в начале 30-х годов создается ситуация, когда коренное население республики теряет веками создавшуюся традиционную систему права, остается «вне права» и «без права», поскольку оно не было в истинном смысле творцом новой, законодательной формы правовых отношений и не успело привыкнуть к ним и освоить их. Вчерашние кочевники и полукочевники ощущали себя, скорее, объектами права, чем его полноправными субъектами. Им было

неуютно в условиях новой правовой реальности, в значительной мере созданной и действовавшей без их участия и ведома.

Так, длительное время после присоединения Казахстана к России, и практически до осуществления царским правительством активных мер по реформированию административной и судебной систем казахского общества, в регулировании договорных отношений господствовали нормы обычного права, поскольку царизм не мог сразу сломать духовную культуру и приверженность кочевников своим обычно-правовым нормам и внедрить свои нормы. Это объяснялось тем, что имперские нормы действовали не на всей территории Казахстана. Регулирование внутриобщинных вопросов оставалось под действием норм обычного права. Постепенно по мере усиления влияния царского правительства на процесс регулирования общинных отношений, нормы обязательственного права, закрепленные сводом законов российской империи, стали распространяться на хозяйственные отношения между общинами и отдельными ее членами, поскольку в результате зарождения капиталистических элементов хозяйствования и упразднения натурально-патриархального уклада в казахскую общину проникли отношения, извне, продиктованные усилением обменных процессов хозяйственной жизни. Договоры, заключаемые на основе норм обычного права, оставались только там, где преобладала идеология высокой культуры.

Анализ публикаций советского времени свидетельствует, о том, что начались ограничения, которые устанавливались для торговых и торгово-промышленных предприятий. Опубликованное 20 апреля 1918г., постановление Народного комиссариата торговли и промышленности и «О правовых ограничениях, устанавливаемых для торговых и торгово-промышленных предприятий» подтверждают эту теорию [78, с.245].

В связи с национализацией промышленности государство запретило без особого в каждом случае разрешения продажу и покупку, сдачу в аренду в залог и переуступку полностью или частично предприятий. Декрет от 23 декабря 1917 г., запретил под угрозой предания суду и конфискации имущества сделки с ценными бумагами [79, с.510].

В июне 1918г., народный комиссариат финансов в дополнение постановления ВСНК от 12 января 1918 г., « О монополизации хлопковых дел» запретил куплю, продажу и передачу частных предприятий, обрабатывающих или торгующих хлопком и его продуктами. Продажа и распределение хлопка на текстильные фабрики осуществлялись по нарядам «Центрохлопка» в централизованном порядке [80, с.510]. Были изданы и другие специальные постановления; изымавшие из гражданского оборота определенные предметы.

Что же касается других гражданско-правовых отношений, то они в исследуемый период не получили достаточной регламентации и определились по-прежнему по нормам дореволюционного законодательства.

Казахское население обращалось за разрешением своих споров в суд биев, который решал дела по обычному праву казахов, а русское население в мировые и окружные суды, решавшие дела согласно общеимперским нормам права, дополненным законодательством Временного правительства.

Например, Верненский окружной суд в конце 1917 и в начале 1918 гг., продолжал утверждать уставы потребительских обществ на основании обще оперативного закона, принятого Временным правительством 20 марта 1917г., Резолюция Верненского окружного суда от 11 июня 1918г., об утверждении Аксуйского общества потребителей «Единение» [81, с.14].

Вслед за декретом об отмене наследования 20 мая 1918г., был издан «Декрет о дарениях» [82, с.525], который ограничил договор дарения суммой 10 тыс. руб. и установил, что договор дарения на сумму от 1000 до 10 тыс. руб. должен быть под страхом недействительности совершен в нотариальной форме. Ограничение суммы договора дарения не распространялось на дарение в пользу организации на пожертвования или на другие общепользные цели. Такие договоры на сумму свыше 10 тыс. рублей могли совершаться с разрешения Совета Народных комиссаров.

Следует отметить, что ввиду отдаленности Казахстана от Центральных районов России, особенностей договора о дарениях коренного населения и трудных условий, начавшейся гражданской войны эти декреты Советской власти в исследуемый период фактически почти не применялись.

Ярко выраженной тенденцией советского законодательства в данный период являлось ограничение частного оборота. Национализированное имущество было изъято из гражданского оборота, сделки, связанные с ним, запрещались. Были также прекращены платежи по купонам и дивидендам, запрещались всякие сделки и акты по передаче банковских акций и так далее. Декретом о национализации внешней торговли запрещались частные торговые сделки с заграницей по ввозу и вывозу товаров.

Ограничение сферы договорных отношений и договора купли-продажи, в частности, вызывалось также невероятной, хозяйственной разрухой и тяжелым продовольственным положением в стране.

В исследуемый период договор личного найма была отменен, так в ст.6 «Крестьянского наказ» говорилось, и «...наемный труд не допускается» [83, с.15]. Также во время революции труд рабочих и служащих на территории Казахстана регулировался законами царской России. Законы России, хотя и регулировали трудовое отношение рабочих, но не содержали в себе трудовой договор, который закрепляет обязательства между работодателем и рабочим.

Не регулировался трудовым законодательством найм казахских батраков, который регулировался нормами адата и шариата. Нормы шариата, распространенного главным образом среди оседлого населения южных районов Казахстана, объединяли понятие имущественного и личного найма. Обязанности работников он определял следующим образом «Работник обязан выполнить все основные требования на договоре требования хозяина, относится к нему почтительно, без его разрешения никуда не отлучаться и беречь хозяйское имущество, как свое собственное» [84, с.106].

После падения царизма Временное правительство, хотя лишь издало ряд отдельных поправок в царский закон о договоре личного найма или можно сказать акты о труде, гнет, и национальная дискриминация местного коренного населения национальных окраин продолжались, что вызывало протест с их

стороны [85, с.67]. Также важно отметить, что в период установления Советской власти на территории нынешнего Казахстана действовали декреты и другие нормативные акты в области гражданского права, издаваемые Правительством РСФСР.

Обстановка борьбы с иностранной интервенцией и внутренней контрреволюцией потребовала по военному организовать экономику страны. Для этого нужно было перейти к методу централизованного управления государственным имуществом, проводить строгий учет и распределение промышленных и продовольственных ресурсов, что привело к сужению гражданского оборота и сокращению договорных отношений. Поэтому метод гражданско-правового регулирования общественных отношений был в значительной степени заменен административно-правовым регулированием.

В исследовательский период в Казахстане режим «военного коммунизма» сократил применение договорной формы отношений. Все государственные и общественные организации перешли на систему централизованного бездоговорного снабжения.

Расчеты между государственными организациями производились путем списания соответствующих сумм со счета организации, получавшей товар в доход казны [86, с.22]. Долговые отношения между государственными предприятиями были аннулированы [87, с.109].

Таким образом, отношения между организациями по снабжению и сбыту товаров оформлялись не договорами купли продажи или поставки, а административными актами. Торговля на «вольном рынке» допускалась лишь в виде исключения. Даже кустарям продажа на рынке своих изделий разрешалась только при условии выработки товаров из заготовленного ими сырья и лишь по строго определенным видам изделий. Частная торговля важнейшими видами продуктов была запрещена. Еще 7 августа 1918г., Актюбинский уездный исполком организовал учет и защиту хлеба урожая и запретил вывозить из уезда хлеб без разрешения комиссара продовольствия или исполнительного комитета [88, с.142].

Все договоры, заключенные на продажу продовольствия с представителями контрреволюционных «правительств», объявлялись недействительными, и контрагенты обязывались представить созданной ликвидационной комиссии точные сведения об имеющихся у них остатках продовольственных продуктов. Распределение товаров между населением производилось по твердым ценам. Еще в октябре 1918г., Семиреченский областной съезд советов по предложению делегатов съезда установил твердые цены, на хлеб – 20 руб., овес и ячмень -15 руб., рис и пшено – 30 руб., за пуд [89, с.92]. В решении съезда говорилось, что по указанной цене можно продавать товары только трудящимся, крестьянам, рабочим по удостоверениям профсоюзов [90, с.21].

Наряду с административным распределением продуктов через государственные и кооперативные продовольственные организации продолжала существовать, хотя и в очень ограниченном размере, частная торговля в отношении ненормированных товаров, получившая к концу

периода известное распространение [91, с.503]. В 1921-1922 гг., в области имущественных, регулируемых гражданским правом, были определены объем имущественной самостоятельности государственных предприятий, их отношения друг с другом и с частными предприятиями.

В первые годы существования Советского государства, после гражданской войны, в условиях нэпа общее планирование воздействовало на заключение и исполнение хозяйственных договоров, в том числе с частнокапиталистическими элементами косвенными экономическими методами, что вполне отвечало условиям того этапа хозяйственного развития страны.

После перехода к всеобъемлющему централизованному пятилетнему и ежегодному планированию, полного вытеснения из экономики нэпа быстро развивается система индивидуального, адресного, директивного планирования, при котором каждому хозяйственному органу, каждой сбытовой, снабженческой, торговой организации предписывалось, что и для кого производить, как, кому и по каким ценам распределять произведенное. Такая система немедленно распространилась и на колхозно-кооперативное производство, хотя плановые органы не имели для этого достаточных оснований, ибо кооперативные организации и колхозы формально признавались собственниками своего имущества, а значит, обладали правомочием свободно им распоряжаться. С того времени договоры, без которых невозможно было организовать взаимодействие хозяйственных партнеров, строго «подчинились» обязательным плановым заданиям производства и распределения. И декларативно, и юридически план был приравнен к закону. Сделки, нарушающие плановые задания, считались недействительными как совершенные с целью, противной закону [92].

Договорные отношения начинают развиваться в период 1921 – 1925гг. В 1921г., было предусмотрено и закреплено, право каждого гражданина свободно заниматься промыслами и организовать мелкие предприятия. Советское трудовое законодательство установило порядок и условия организации труда, заключения трудовых договоров, также закрепило переход от системы трудовой повинности к системе трудовых договоров.

В исследуемый период сравнительно больше распространение получил договор мены. Товарообменные операции проводились государственными продовольственными органами с целью приобретения продуктов сельского хозяйства от местного населения. Учитывая бытовые особенности казахского населения, Уральский губернский продовольственный комитет весной 1920г., признал необходимым для производства товарообменных операций открыть Уральскую ярмарку [93]. Вместе с тем органы советского государства вели беспощадную борьбу со спекулянтами мешочниками, наводящими Казахстан, так как они нарушали работу государственных заготовительных органов и железнодорожного транспорта. Например, Уральский губернский революционный комитет обязательным постановлением от 27 августа 1920г., предложил местным органам государственной власти принимать самые решительные меры в борьбе с самым злостным врагом, срывающим

продовольственную политику, мешочничеством. Всех мешочников - лиц, замеченных в продаже, покупке, обмене и незаконном перевозе продуктов, подлежащих сдаче государству по разверстке немедленно задерживать и направлять в губчека [93]. Сохранил свое значение и договор подряда, хотя он тоже подвергся ограничениям. Исходя из первостепенной экономической задачи рассматриваемого периода - снабжение Красной Армии продовольствием и снаряжением, органы советской власти в ряде мест Казахстана выносили постановления о мобилизации лиц способных оказать помощь в снаряжении Красной армии. 3 ноября 1918 г., Семиреченский областной съезд Советов решил мобилизовать всех пимокатов, шубников и белощвеек и открыть соответствующие мастерские, чтобы обеспечить бойцов Семиреченского фронта теплой одеждой [90].

Семипалатинский революционный комитет издал 10 января 1920г., обязательное постановление о прекращении исполнения местных заказов во всех мастерских и у отдельных кустарей и предложил им полностью использовать свой труд для обслуживания красноармейцев. В постановлении указывалась норма, которую должны выполнить за неделю подрядчики, и твердые цены за изготовление заказа. Конечно при отсутствии работы на государство подрядчики выполняли заказы по договорам, заключенным с отдельными гражданами, но эти отношения не получили достаточного развития. Что касается применения договора подряда в отношениях между социалистическими организациями, то постановление Совета труда и обороны от 24 ноября 1920г., запретило советским учреждениям, предприятиям и общественным организациям приглашать подрядчиков для производства каких-либо заготовительных, восстановительных, строительных и иных работ и заданий [94, с.29].

В исследуемый период некоторое развитие получил и имущественный наем в виде арендных договоров, заключаемых государственными организациями с крестьянами о прокате сельскохозяйственного инвентаря и оборудования.

Следует указать, что в это время было издано постановление о государственной монополии страхового дела. Декретом СНК РСФСР от 18 и 28 ноября 1918г., аннулировались все ранее заключенные договоры страхования с частными страховыми обществами. В соответствии с этими декретами СНК Туркестанском регионе 5 июня 1920 г., принял декрет «об аннулировании договоров на страхование жизни», который отменил в Туркестанском регионе личное страхование во всех видах и постановку перечислить все страховые премии в доход казны. В декрете указывалось, что нетрудоспособные и несовершеннолетние лица, лишившиеся страхового вознаграждения вследствие аннулирования договоров страхования, подлежат социальному обеспечению на общих для всех граждан основаниях [95]. Нормотворческая и практическая деятельность Советского государства в Казахстане была направлена на преобразование старых гражданско-правовых отношений в новые социалистические гражданско-правовые отношения, отвечавшие задачам периода иностранной интервенции и гражданской войны. Ввиду

сохранившихся патриархальных пережитков представители коренного населения Казахстана, особенно в аулах, продолжали обращаться за разрешением многих гражданских споров в суды биев, которые решали дела на основе норм обычного права и шариата

Советское государство допускало применение таких норм. Об этом свидетельствует ст.15 Декрета о революционном комитете по управлению Казахским краем от 10 июля 1919 г., который предлагал уездным народным судам, являвшимся важнейшим звеном судебной системы, решать дела между казахами по обычному праву [96, с. 354].

Таким образом, несмотря на чрезвычайно тяжелые условия, всесторонне развивалась деятельность Советского государства по переустройству народного хозяйства на новых, социалистических началах, по построению фундамента социалистической экономики, что нашло свое отражение и в нормах гражданского права. Гарантировалось существование только такой частной собственности, которая использовалась в соответствии с законом. При этом закон ограничивал возможность ее роста. Например, не муниципализированные жилые строения могли быть предметом купли-продажи при обязательном условии, чтобы в руках покупателя не оказалось более одного владения в три года. По договору займа запрещалось взимание процентов на процент.

В сфере землепользования договорные отношения складывались иным образом, покупка, продажа, дарение, залог земли и тому подобные акты запрещались под страхом уголовной ответственности. Эти сделки признавались недействительными, и земля изымалась государством.

Но в то же время допускалось для трудовых хозяйств, временно ослабленных стихийными бедствиями или отсутствием рабочей силы, сдачу в аренду части или всей земли. Срок аренды при трехпольной системе составлял три года. В исключительных случаях с разрешения волисполкома допускалось удлинения срока аренды максимум до двух севооборотов. Допускалась трудовая аренда. По договору аренды никто не мог получить земли больше, чем он в состоянии обработать силами своего хозяйства. Договор найма рабочей силы на арендованной земле не допускался. Не разрешалась также передача арендуемой земли другим лицам так называемая субаренда. Важно отметить, что в целях быстрого развития промышленности, могли быть сданы в аренду некоторые предприятия в основном кооперативам, товариществам.

Необходимость применения этих положений в Казахстане подтвердил II Всеказахский съезд Советов, о сдаче в аренду всех мелких и средних предприятий, не приносящих дохода и не имеющих важного государственного значения, если их не могли пустить в ход средствами государства.

При этом предлагалось не заключать договоров аренды со спекулятивными элементами и при выборе контрагентов руководствоваться экономическими соображениями, стремясь получить материальные гарантии выполнения арендных договоров [97, с. 50]. Арендаторы, в свою очередь, обязывались аккуратно вносить арендную плату, определяемую условиями договора. Например, 22 декабря 1922г., была сдана в аренду текстильная фабрика в г. Кустанае [98, с.525].

При этом следует отметить, что ввиду тяжелых экономических условий и трудностей снабжения и сбыта товаров сдача промышленных предприятий в аренду в условиях Казахстана не получила большого распространения, а многие заключенные договоры были досрочно расторгнуты.

В связи с широким развитием при переходе к новой экономической политике гражданского оборота расширилась сфера применения обязательственного права. В постановлении IX Всероссийского съезда Советов по вопросам государственной промышленности указывалось, «В основу взаимоотношений между предприятиями, входящими в общегосударственные или областные объединения, и местными губернскими, хозяйственными организациями... создается принцип оказания взаимных услуг на договорных началах» [99, с.229]. Для облегчения контроля, за выполнением законов о заключении договоров было установлено требование нотариального засвидетельствования большинства договоров государственных предприятий и учреждений.

В исследуемый период встречались случаи, когда частнокапиталистические элементы использовали крайнюю нужду беднейших слоев крестьянского населения для навязывания им явно невыгодных сделок. В целях защиты интересов трудящихся крестьян ВЦИК и СНК РСФСР 3 июля 1922 г., издали специальный декрет «О признании недействительными кабальных сделок на хлеб», объявивший недействительными сделки, по которым земледельцы в уплату полученной ссуды обязывались предоставлять займодавцу урожай с определенного участка земли, если земледелец получал ссуду в размере меньшем, чем стоимость этого урожая. Недействительными были объявлены также договоры займа, погашаемые хлебом, стоимость которого больше чем наполовину превышала стоимость полученной ссуды [100, с.53].

Из отдельных видов договоров важнейшее значение в условиях НЭПа, несомненно, приобрел договор купли-продажи.

В связи с переходом от продовольственной разверстки к продовольственному налогу у крестьян оставались излишки сельскохозяйственных продуктов, которыми они вправе были распоряжаться. С развитием продовольственной кооперации и кустарной частной промышленности увеличилось количество товаров, которые могли реализоваться на рынке [101].

В декабре 1921г., в Казахстане были изданы специальные постановления, разрешавшие свободный обмен, покупку и продажу оставшихся у населения после выполнения натурального налога продуктов сельского хозяйства, а также обмен покупку и сбыт изделий и предметов кустарной и легкой промышленности. Что касается предметов договора купли-продажи то, как уже указывалось, земля, и другое национализированное имущество были полностью изъяты их гражданского оборота. Специальными законами устанавливались ограничения для совершения договора купли-продажи в отношении ряда других вещей, например, спиртных напитков, оружия, золота [102, с. 318].

Наряду с договором купли - продажи известное значение в это время приобретает договор мены, который происходил главным образом между государственными заготовительными организациями с одной стороны и крестьянами с другой. Согласно постановлению СНК Казахской АССР «О порядке государственного и местного обмена» от 29 июля 1921г., весь товарообменный фонд республики был сосредоточен в кирнаркомпроде и передавался им в обмен преимущественно через потребительскую кооперацию. Товарообменные операции производились также на ярмарках. Договор мены часто встречался и в отношениях между отдельными гражданами.

Особое внимание в рассматриваемый период уделялось регламентации договора жилищного найма. Умышленная порча помещений или имущества влекли за собой имущественную, уголовную ответственность арендатора, как за расхищение народного достояния. В связи с развитием товарооборота получили широкое применение и соответствующие законодательное закрепление и другие виды гражданско-правовых договоров, как, например, договоры подряда [103, с.60], перевозки [104,с.445], комиссии, страхования, это объяснялось введением методов хозрасчетного управления государственными промышленными предприятиями и допущением в определенных пределах частной собственности.

Важно отметить, что договор личного найма занимает определенное место в рассматриваемый период. Разрешалось применение вспомогательного наемного труда лишь в тех случаях, когда хозяйство по состоянию рабочей силы или инвентаря не могло своевременно выполнить необходимые сельскохозяйственные работы, обязательным условием применения наемного труда во всех случаях являлось строгое соблюдение и исполнение законов об охране и нормировании труда. Поскольку применение наемного труда допускалось только для трудовых крестьянских хозяйств, кулаки обходили такое ограничение закона и использовали общие правила аренды земли и наемного труда. Также были приняты Временные правила об условиях применения подсобного наемного труда в крестьянских хозяйствах. По этим правилам соглашение между нанимателем и батраком должно было определять все основные условия найма. От имени последнего соглашения или договор мог подписывать профсоюз.

Усиление значения народнохозяйственного плана и укрепления хозрасчета повысили роль договора как правовой формы, с помощью которой достигается сочетание плана и хозрасчета. Плановое начало определяет содержание договора, а это влечет за собой требование, чтобы договорные обязательства выполнялись своевременно и точно. По мере расширения договорных отношений между предприятиями и хозяйственными организациями развивались и формы договорных связей.

На основе генеральных договоров предприятия Центросоюза, синдикаты и тресты заключали в качестве дольщиков годовые и квартальные договоры исполнения. Впоследствии система генеральных договоров была распространена и на другие виды кооперации. Система генеральных договоров применялась и в отношениях между государственными организациями [105].

Важно отметить, что в связи с принятием генеральных договоров, постепенно ликвидируются договоры частных лиц с государственными промышленными и торговыми предприятиями на аренду земельных площадей, заготовку хлеба.

Например, в 1926г., были признаны недействительными договоры аренды на базарные площади, заключенные в предыдущий период губернскими отделами местного хозяйства с частными лицами.

Усилился контроль, за исполнением договорных обязательств, основным средством борьбы за соблюдение договорной дисциплины являлись договорные санкции, самой распространенной из которых продолжала оставаться неустойка.

В рассматриваемый период были введены и такие меры, как залог товаров, находящихся в переработке, и банковское поручительство.

Некоторые архивные материалы Верховного суда РСФСР от 1926г., разъясняют о форме договоров, в которых указывалось, что сделка, заключенная без соблюдения предписанной законной формы, объявляется недействительной лишь в том случае, если она противозаконна или явно убыточна для государства. Если же условия такой сделки не грозят убыткам, не содержат ничего противозаконного и полностью или в большей частью исполнены сторонами, то она может быть признана судом действительной в интересах участвующих [106]. Это разъяснение имело большое значение для Казахстана, так как большинство казахского населения еще было неграмотным, и выполнение установленных законом требований о соблюдении надлежащей формы сделки представляло значительные трудности. Специально изучив этот вопрос, гражданская коллегия казахского отделения Верховного Суда РСФСР в 1927г., разъяснила суду, что им следует в таких случаях либо признавать сделку действительной, либо приводить стороны в первоначальное положение. Наиболее распространенными были договоры поставки и купли-продажи. По мере роста государственной промышленности и развития кооперативных органов, торговля все больше приобретала социалистический характер.

Развитие государственной торговли сопровождалось применением системы предварительных заказов.

Договоры снабжения государственных предприятий импортным оборудованием заключались с государственными обществами в виде комиссионных договоров на основе постановления СНК от 15 января 1926 г., Например, Риддерский трест «Полиметалл» в 1929г., заключил договор с акционерным обществом «Металлоимпорт», по которому последний принял на себя поручение закупить за границей и доставить оборудование по заказам треста и по его лицензиям [107].

Важное значение в рассматриваемый период приобрел договор контрактации. В Казахстане договоры контрактации стали широко применяться с 1928г., При этом крестьяне обязывались сдавать государственным органам определенное количество продукции в установленный срок, вести свое хозяйство по установленным планам, проводить мероприятия, способствующие

повышению его продуктивности, а контрактующие организации оказывать крестьянам помощь в правильной организации хозяйства.

Исходя из этого, из-за улучшения хозяйственной деятельности, контрактующие организации стали практиковать заключение договоров на несколько лет.

Известное распространение имел договор товарищества в виде государственных акционерных обществ с ограниченной ответственностью, которые по существу представляли специфическую форму управления государственными предприятиями, и в виде простого товарищества, так же договора, по которому два или более лиц обязывались объединить свои вклады и действовать совместно для достижения определенной хозяйственной цели [108, с.499].

В Казахстане заключение таких договоров часто практиковалось на рыболовных промыслах, при эксплуатации мельниц, парусных лодок и т.п.

В отношении же договоров на эксплуатацию промышленных заведений Народный комиссариат труда считал, что работа на условиях участия в прибылях должна квалифицироваться по нормам закона, как договор простого товарищества. Важное значение, для укрепления социалистической собственности и усиления государственного руководства хозяйственным строительством имела также проведенная в рассматриваемый период кредитная реформа, направленная на укрепление оперативно-хозяйственной самостоятельности производственных предприятий.

Кредитная реформа 1930 г., была проведена на основе постановления ЦИК и СНК СССР «О кредитной реформе». До государственное кредитование проводилось таким образом, что между моментом получения товара и его оплатой мог пройти довольно длительный срок [109, с.98].

Форма расчетов тогда, применялась так, что в пользу поставщика средства снимались со счета покупателя независимо от согласия последнего и от получения товара. При этом одна из организации могла выдавать другой деньги авансом, помимо Госбанка, а также отпускать продукцию в кредит под вексель. Это было так называемое коммерческое кредитование. Но теперь такая система мешала нормальной работе. Значительная часть государственных средств выключалась из оборота, замораживалась, так как средства и ценности надолго оседали у должников.

После принятия этой реформы начали выявляться недостатки. Банк оплачивал счета хозорганов независимо от согласия должника, и от наличия на его счете средств.

Все это приводило к ослаблению хозяйственного расчета, к нарушениям финансовой и договорной дисциплины и не соответствовало основным целям кредитной реформы. Для устранения этих недостатков был издан ряд дополнительных актов, из которых особенно, важное значение имело постановление СНК СССР от 30 марта 1931г., «об изменении в системе кредитования, укрепления кредитной реформы и обеспечении хозяйственного расчета во всех хозяйственных организациях» [110,с.166]. Постановление подчеркивало необходимость усиления договорных отношений между

хозяйственными организациями, что имело большое значение для укрепления хозрасчета и обеспечения выполнения государственных планов, также указывалось, что все споры, возникающие между предприятиями по заключенным договорам; разрешаются органами Госарбитража и, что убытки хозорганов ни в коем случае не могут покрываться за счет Госбанка [111, с.316].

С 1931г., все предприятия, распоряжаясь оборотными средствами, должны были строго соблюдать договорную дисциплину, и нести самостоятельную имущественную ответственность по своим обязательствам. Отсюда происходит значительное усиление роли договора в хозяйственной деятельности предприятий. Советское государство в 1931 году обязало все хозяйственные органы оформлять свои отношения по поставке товаров, производству работ и оказанию услуг только путем заключения письменных договоров. Например, в постановлении СНК СССР от 20 марта 1931г., указывалось, что «государственные, хозяйственные и кооперативные органы и предприятия в пределах плановых заданий устанавливают свои взаимоотношения по поставкам товаров, производству работ и оказанию услуг путем заключения договоров и дачи заказов и несут за их выполнение установленную законом ответственность» [110,с.166].

Наибольшее значение получили договоры, заключенные в соответствии с плановыми заданиями, а именно договоры поставки и подряда, перевозки, договоры в области расчетных и кредитных отношений. Невыполнение договорных обязательств, нарушение договорной дисциплины приравнивались без хозяйственности и рассматривались как должностные преступления.

Наиболее распространенными видами договоров между социалистическими организациями становятся договоры подряда и поставки.

Договор подряда, особенно важное значение, приобретает в капитальном строительстве. Привлечение частных к государственным подрядным работам было запрещено. Договоры поставки и купли-продажи в этот период приобрели очень важное значение.

В результате полного вытеснения частной торговли единственными участниками договора поставки стали социалистические организации, а договор становится составной частью классовой системы хозяйства.

Договорные отношения возникают на основе плана производственного и потребительского снабжения. Развивается поставка продуктов без договоров, по плановым и иным актам. Наряду с договором поставки широкое распространение получает договор купли-продажи между организациями в связи с развитием колхозной торговли и децентрализованных заготовок некоторых сельскохозяйственных продуктов. Этот договор является массовой формой имущественных соглашений между гражданами. В то же время договор мены между социалистическими организациями, имевшие место в восстановительные годы, себя изживают и после проведения кредитной реформы запрещаются.

Госарбитраж решительно пресекал нарушение договорных обязательств, твердо придерживались принципа, что договоры между государственными

предприятиями должны по содержанию соответствовать плану и что стороны в плановых договорах, наряду с взаимными правами и обязанностями, несут также обязанности перед государством. Поэтому органы арбитража не допускали в плановых договорах одностороннего отказа от выполнения договора, включения в договоры условий об освобождении должника от ответственности за невыполнение договора со ссылками на «объективные обстоятельства», исходили при установлении ответственности и определении ее размера из принципа вины. При этом органы советского государства уделяли много внимания контролю за точным исполнением контрактуемыми организациями своих договорных обязательств [112,с.26].

Из этого можно заключить, что в данный период договорные отношения выполняли функцию как средства, обеспечивающие выполнение плана, а не волеизлияние сторон. Следовательно, заключение о наличии планового договора соответствует исследованиям Басина Ю.Г [113,с.51].

Эти гримасы планирования были устранены лишь в 60-е гг., когда покупателям при заключении договора было разрешено отказываться от выделенной по плану продукции, если она оказалась ненужной [114,с.94]. План по некоторым видам договоров прежде всего поставки утратил значение обязательности для покупателя, полностью сохранив ее для поставщика. Договор был объявлен основным документом, определяющим права и обязанности сторон.

В 1979 г., вводится общее правило, что выполнение плана, по которому оцениваются итоги работы предприятия, устанавливается с учетом надлежащего исполнения заключенных хозяйственных договоров [115, с.153].

И все же план по-прежнему оставался директивным индивидуальным актом, господствующим над договором в составе юридических фактов, порождающих планово-договорное обязательство. Даже если в некоторых случаях можно было отказаться от заключения договора, вытекающего из плана, то все равно нельзя было заключать договор, не вытекающий из плана, содержание договора не должно было противоречить плану, изменение или прекращение планового задания императивно вызывало соответствующее изменение или прекращение договора. При любых односторонних нарушениях планового договора другая сторона не могла прекращать его действие хотя бы на будущее время.

Таким образом, эволюция взаимоотношений плана и договора в качестве оснований возникновения хозяйственно-договорного обязательства сохранила значение плана как главного юридического факта, главного рычага применения административно-приказных методов управления хозяйственным оборотом.

Ситуация стала меняться после принятия закона о государственном предприятии объединении. Вместо административно-приказной системы конструирования хозяйственных связей закон ввел систему централизованно направляемого рыночного механизма, который, как всякий рыночный механизм, опирается на товарно-денежные отношения между производителями и потребителями. Соответственно этому ряд

положений закона предусматривает заключение договоров путем свободной обязательственной связи в плановом порядке.

К примеру в своих исследованиях Ф.И.Гавзе отмечает «...обязательственное право исходит из интересов социалистического планового хозяйства, граждан, трудящихся социалистического общества и содействует наилучшей организации удовлетворения потребностей всего общества и отдельных его граждан также своим регулированием хозяйственных взаимоотношений укрепляет плановость социалистического хозяйства, содействует развитию социалистического производства. Являясь таким образом, недопустимым экономически, нарушение обязательств объективно противоправно и вместе с тем нарушает субъективные права кредитора [116, с.4].

Из этого можно заключить, что институт обязательства, как он имеет свое определение в настоящее время, не соответствовал в период советской власти своему назначению.

В период эволюции договорных отношений обычного права источником обязательственных отношений остается обычное право казахов, которое, претерпев следующие эволюционные изменения, сохранило демократичность, гуманность и гибкость:

1 Развитие договорных отношений в обычном праве казахов происходило наравне с шариатом, трансформировалось под влиянием имперского законодательства.

2 Договорные отношения, хотя трансформировалось царским законодательством, но продолжало действие до определенного времени.

3 В период режима «военного коммунизма» в Казахстане прекратилось применение договорной формы отношений, как таковой.

4 Применяемый с 1928 года договор принимал плановый характер, плановые задания.

5 С 1960 – 1980 годы развиваются хозяйственные договорные отношения на основе обязательства.

2.2 Понятие договорной ответственности на современном этапе

Изучение истории обычного права казахского народа разъясняет многие малоизученные вопросы в историческом прошлом народа, истоках его этнического формирования, древней культуры, его экономические, социальные отношения, обусловленных целым рядом как внутренних, так и внешних факторов. Это является немаловажным фактором в осмыслении перспективы современных правовых реформ, имеющих в основе идею построения правового государства в Казахстане. Эта мысль отмечена и в «Концепции формирования государственной идентичности РК», модель прежней казахской государственности, к ней следует относиться не только как к историческому наследию, но и как к источнику позитивного опыта.

Понятие договорной ответственности, формируясь на протяжении нескольких тысячелетий, остается предметом научных дискуссий. Нами будет обращено внимание только на те моменты исследования сущности гражданской

- правовой ответственности, которые оказали решающее влияние на формирование части понятия договорной ответственности.

Актуальность изучения договорной ответственности не требует доказательств как с точки зрения познания истории казахского права, так и учета и включения ценностей обязательственного права в современную систему национального права.

Не случайно в настоящее время все чаще высказываются мнения о том, чтобы заимствовать новые формулировки статьи, институтов и целых законов из зарубежной практики, и чаще всего из правовой системы России. Однако, надо указать на достоинство подобного сходства с общими началами мирового права нашу казахстанскую юриспруденцию. Но считаем необходимым, напомнить и о национальных основах, традициях казахского права. Кроме того, нравственные начала, также требование справедливости, разумности и добросовестности опирается на научную доктрину, и их теоретической основой являются справедливые способы и методы в регулировании имущественных отношений.

Критерии справедливости и добросовестности содержатся в самом обществе, где его члены свободны в проявлении воли, равны в договоре и государство гарантирует невмешательство в договорные отношения. Е.Н.Лукашева подчеркивает, что «нравственность выступает в единой системе форм общественного сознания. Поэтому ей присущи все те особенности и закономерности, которые свойственны любой форме общественного сознания. Нравственность представляет собой совокупность исторически определенных норм и взглядов, выражающихся в поступках и действиях людей, регулирующих их отношения друг к другу, к обществу, определенному классу, государству и поддерживаемых личным убеждением, традицией, воспитанием, силой общественного мнения всего общества или определенного класса» [117, с.76].

По словам Д.Демского, «нравственность человека, есть совокупность его заимствованных им у своего класса привычных мыслей и чувств, совокупность его мотивов долга. Но мотивы долга связываются у человека с разными поступками: как с крупными, значительными, серьезными по своим последствиям, так и с мелкими, незначительными и лишенными серьезных последствий. Обыденные поступки средней значительности называют в этом случае нравами, или обычаями, а обыденные поступки мелкие незначительные - этикетом, или правилами приличия. Но нравственным поведением далеко не исчерпывается все поведение человека. Кроме мотивов долга в поведении человека очень часто проявляются практические мотивы, когда прежде чем действовать, он рассуждает, взвешивает, предусматривает возможные последствия, смотрит вообще, на предполагаемое действие, только как на средство к той или иной своей личной цели. Известная часть требований, предъявляемых одними членами общества другим его членам, поддерживается государственной властью: государственная власть озабочивается тем, чтобы налагаемые этими требованиями обязательства были выполнены. Требования частных лиц и самого государства, обеспечиваемые государственным

принуждением, обычно называются правовыми требованиями, а вытекающие из них обязательства правовыми обязательствами. Фактически государству не приходится пускать в ход свое принуждение по поводу каждого поддерживаемого им требования: граждане чаще всего выполняют обязательства, налагаемые на них тем или иным требованием частного лица или государства, либо добровольно, если с этими обязательствами у них связаны мотивы долга либо, хотя и против воли, но, не дожидаясь грозящего принуждения. При добровольном, вытекающем из мотивов долга исполнении требуемого, пред нами типичное, нравственное поведение [118, с.71-72].

Однако, рассуждая о нравственности нельзя не затрагивать моральный принцип ответственности. Прежде всего, они различаются по времени возникновения. Моральные взгляды в их примитивном, зачаточном виде возникают вместе с возникновением человеческого общества и являются единственным регулятором в дальнейшем с вырастающими из морали обычаями и традициями общественных отношений в обществе.

Г. Сельзам правильно подчеркнул, что не может существовать никакое общество или социальная группа без нравственных представлений, что нравственность теряет свой смысл применительно к изолированному индивиду. Также отмечает, что «общественная жизнь невозможна без некоторых принципов, правил и идеалов, предписывающих людям, как они должны относиться друг к другу и подходить к решению общественных проблем» [119, с.104]. Ведь правовые взгляды возникают на определенной ступени исторического развития общества, с расколом общества на классы, когда появляется необходимость в создании определенных общеобязательных правил поведения, которые отвечали бы интересам экономически господствующего класса.

Поэтому мораль - более древняя форма общественного сознания, с большими традициями, с некоторыми стойкими обычаями, например, законы гостеприимства и т.д.

Иной характер приобретает нормы морали в казахском обществе. Например, норма морали требует отношений товарищества, взаимопомощи между людьми. Но практически и здесь невозможно установить формы и способы проявления таких качеств, как товарищество, дружба, взаимопомощь. Содержание их поистине безгранично. Оно обогащается по мере развития общества; каждый индивид вносит в понимание этих качеств, что-то свое, определяемое своеобразием духовного мира того или иного лица; любая новая ситуация может выдвинуть какие то новые аспекты их понимания. Поэтому невозможно было бы в моральном кодексе жестко регламентировать проявление любого принципа, содержащегося в нем.

В исследованиях, посвященных морали и нравственности, отмечается, что мораль как уровень требований, предъявляемых к сознанию и поведению человека. Сторонники этой точки зрения считают, что мораль предъявляет человеку более высокие требования, чем право. С этой точкой зрения не согласен Г.С.Остроумов, который пишет, что праву доступны для регулирования те же отношения, что и морали, но просто нет необходимости

праву вторгаться в такие области отношений, как любовь, дружба и т. д. [117, с.87].

Анализ современной правовой системы характеризует отражение в них таких нравственных начал как добросовестность, справедливость, разумность свойственные обычному праву казахов. Не случайно современное обязательственное право имеет нормы, которые прямо или косвенно содержат в своей основе нравственные начала. Подобное сходство обычного права и современного обязательственного права на требование разумности и справедливости в регулировании имущественных отношений, свидетельствует об их возрождении. Можно утверждать, что основанная на этих общечеловеческих ценностях, исторически сложившаяся норма обычного права является неотъемлемой частью этнической культуры казахов. После обретения Казахстаном независимости появилась реальная возможность возродить и признать естественные, привычные, сохранившиеся в памяти народа социальные институты правил поведения.

По нашему мнению, прежде всего, следует выделить, что непродолжительный период рыночных отношений позволяет говорить о возрождении нравственных начал в договорном праве в основном лишь в теоретическом аспекте. Как говорит исследователь Карандашева.А.А. «с момента принятия Гражданского Кодекса РК прошло несколько лет, за такое короткое время сложно приобрести практику реализации деловой этики, поскольку практическое применение нравственных начал в регулировании договорных отношений кроется в реальных конкретных отношениях сторон при заключении договора» [120, с.26].

Также отмечает, что в современности наличие хозяйственных длительных связей, возникающих посредством устного соглашения, слово чести партнера по выполнению договорных обязательств уже свидетельствует о проявлении нравственных начал в договорном праве [120, с.26]. Культура заключения и исполнения договора, уважение деловых партнеров и боязнь их потерять в результате неисполнения договора являются неотъемлемой частью деловой этики.

Реалии сегодняшнего дня намного отделяют нас от прошлого, но все же заставляют нас задуматься о некоторых ценностных сторонах обязательства применительно к современной правовой реформе, основной смысл которой заключается в претворении в действительность норм и целей Конституции Республики Казахстан. На наш взгляд, правовые и морально-этические ценности обязательства вполне применимы в современном законодательстве. При этом, конечно мы далеки от идеализации доброй старины и предложений слепо перенести давние традиции в действующее законодательство. Но не будет лишним обращение к отдельным элементам обязательства, приобретшим свое место в нынешних условиях рыночных отношений [120, с.27].

Проблемы, которые возникли перед правовой наукой Казахстана в последнее время, требуют и формирования новых направлений научного поиска. Одной из таких проблем в казахстанском правоведении является

проблема возрождения отдельных институтов традиционного обязательственного права.

В рамках этого направления и в ключе исторического и сравнительного правоведения попытаемся проанализировать проблему гражданского права и некоторых элементов обязательства в современном праве, ответив на следующие вопросы: в - первых, в какой степени отдельные элементы обязательства способны повлиять на договорное право в казахском обществе в настоящее время; во-вторых, какие особенности имеет институт договорной ответственности с учетом содержания не только действующего гражданского законодательства, но и обычного обязательственного права.

Проблема договорной ответственности – одна из наиболее сложных проблем, как казахского обычного права, так и отраслевых юридических наук. Методологические особенности изучения обычного права традиционного казахского общества исключают возможность проецировать в прошлое современный подход к праву, что само по себе произвольно и не исторично. Поэтому, исследуя проблему договорной ответственности в обычном праве казахов, следует определить искомое понятие – обязательственное право. При этом необходимо помнить, что нет никаких оснований, говорить об онтологической неполноте, неполноценности, незрелости обычного права по сравнению с современным правом.

Проблема договорной ответственности в обычном праве казахов демонстрирует ряд методологических трудностей, связанных с традиционным укладом жизни общества, демонстрирующим, на первый взгляд, относительную слабость политической власти. Данная особенность государственной власти, естественно не умаляет ее достоинств, а наоборот, показывает непререкаемость и в силу действующих в нем норм, согласно которым каждый отдельный индивидуум не представляет собой субъекта права, а является всего на всего членом своей общины. Эта община дает ему защиту, и таким образом, сила рода выступает и его силой. Поэтому система формирования права внутри общины основывается на правовых нормах, существующих между родами, а не внутри них. И только ослабление рода, потеря ею, основных функций и авторитета усиливает роль патронимии. Соответственно сужается круг ответственных за правонарушителя лиц и открывается путь к индивидуальной, личной ответственности индивидуума как субъекта права [121, с.11].

Данная особенность традиционной жизни служит главным лейтмотивом производства и воспроизводства всего кочевого социума, а не свидетельством слабой государственной власти. К тому же, слабая на первый взгляд принудительная сила государства дополняется высоким авторитетом норм обычного права, обеспечивающимся как силой привычки, так и пониманием индивидом необходимости произвести то или иное действие в интересах своей общины. В цепи правоотношений между личностью, обществом и государством, превалирующее значение имеет групповая принадлежность индивида к кочевой общине. Основными функциями общины одновременно являются контроль, за выполнением норм обычного права, наказание

нарушителей спокойствия и обидчиков налаживание отношений с другими группами. Среди проблем договорной ответственности в обычном праве казахов особое место занимает проблема отраслевой дифференциации ответственности на гражданско-правовую, уголовно правовую, поскольку в обычном праве слабо разграничивались понятия гражданское правонарушение и преступление. Особенности хозяйственно-культурного развития казахского общества на протяжении длительного периода наложили свой отпечаток на характер правовой системы и его отдельных институтов. Отсутствие существенных различий между гражданским правонарушением и преступлением в обычном казахском праве в трудах некоторых исследователей трактуется с точки зрения права нового времени, как неразвитость и отсталость право понимания казахов.

Так, Н. И. Гродеков сообщает: «Обычай хотя и имеет понятие о преступлениях более важных и менее важных, но не разделяет их на гражданские и уголовные» [32, с.142-143]. А.И.Мякутин, говоря об обязательствах, возникающих вследствие нанесения ущерба, отмечает, что в казахском адате принципиально все дела оканчиваются гражданским удовлетворением [38, с.154].

А.А.Леонтьев также отмечает, что у казахов «обыкновенно не различаются обычаям гражданские и уголовные правонарушения» [62, с.127]. Однако, как справедливо указывает М.М. Ковалевский, при господстве родовых отношений нет различий между гражданским проступком и преступлением [122, с.111].

Если в современном праве последствием гражданского проступка является возмещение убытков, то в основе всех постановлений древних кодексов о гражданской ответственности лежит месть за вред, причиненный неисполнением договора или несоблюдением чужого права.

Обычное казахское право различало гражданско-правовую ответственность (возмещения причиненного ущерба) от уголовно правовой ответственности (наказание). Однако это важная особенность не учитывалось и особого внимания ей не уделялось. Поскольку гражданско-правовые виды ответственности рассматривались в качестве идентичных мер ответственности, внимание обращалось на их реализацию. Поэтому предпочтительным считалось восстановление сложившегося издревле привычного поведения людей и положения, вещей во взаимоотношениях между человеком и окружающим его микрокосмосом, между индивидом и кочевой общиной, между личностью и государством. Из сказанного выше следует, что в - первых, право в эпоху господства родового быта не видит в правонарушениях ничего кроме причиняемого им вреда, за которое оно требует платеж полученного обычаям штрафа. Академик С. З. Зиманов подчеркивает, что в структуре права казахов доминирующее положение занимают вопросы имущественной ответственности. Сеть такой ответственности имела большой диапазон, множество вариантов и форм айып (штраф), тогуз, кун- это целые институты ответственности [3, с.17].

Во- вторых в обычном праве не было понятие преступление, а сводилось все к правонарушениям, лишь только в процессе судебного разбирательства

было различие дела исковые, как и гражданское и уголовное. Этими общими положениями, пожалуй, и объясняется причина, по которой в традиционных обществах понятие ответственности ничем существенно не отличалось от понятия гражданской ответственности в других государствах. Например, по русскому обычному праву, хотя подразделяется судопроизводство на гражданское и уголовное выносимые решения были одинаковые.

Таким образом, проблема гражданской ответственности в обычном казахском праве, прежде всего, связана с особенностями возникновения, становления и развития идеи ответственности в праве. Нет ни малейшего сомнения в том, что первоначально идея ответственности в сознании людей формировалась в качестве морального возмещения вреда и служила, своего рода, мифолога - религиозным регулятором нормативной системы древнего общества.

Можно остановиться главным образом на включаемых в шариат правилах поведения и религиозно-этические аспекты, которые помогают уяснению его нормативной стороны. В частности, как уже отмечалось, по сравнению с иными религиями ислам уделяет значительно больше внимание чисто светским вопросам, повседневным поступкам людей, их взаимоотношениям в самых различных сферах. Нельзя также забывать, что догматические постулаты и нравственные требования ислама веками практически не менялись и мало зависят от особенностей различных районов его распространения. Они исчерпывающим образом изложены в авторитетных источниках, обращены лишь к мусульманам и предстают в их глазах вечными.

Отмеченные цели и ориентиры шариата лежат как бы между религией, нравственностью и правом. Можно привести два примера трансформации религиозно-нравственных предписаний шариата в правовые конструкции. Так, отталкиваясь от хадиса «не допускается причинять вред и отвечать ущербом на ущерб», мусульманско-правовая доктрина обосновала концепции злоупотребления правом и причинения ущерба как основания ответственности [123, с.14].

Итак, шариат - весьма разнообразный, неоднозначный феномен, своего рода пункт, встречи религии, нравственности и права. По словам Л.Р.Сюкияйнена, «шариат позволяет интерпретировать и применять его нормы, изначальные ориентиры и принципы с учетом условий жизни мусульман, их обычаев и интересов, находить такие конкретные решения, которые идут в ногу со временем. Иначе говоря, шариат может вполне считаться не только достоянием мусульман, но и важной частью мирового наследия в сфере социально-нормативной культуры. В этом проявляется еще одна приметная черта шариата - его гибкость и открытость, готовность сосуществовать с иными традициями, правовыми системами и даже заимствовать их достижения» [123, с.20]

В силу традиционного характера казахского права институт гражданской ответственности в обычном праве казахов на протяжении всей истории развития синтезировал в себе древние правовые идеи и принципы шариата. В нем переплетались идеи морально-материального удовлетворения и

наказания. Безусловно, идея гражданской ответственности служила целям восстановления справедливости, предупреждения и исправления правонарушителя. Исследователь обычного казахского права З. Аюпова в своей статье подчеркивает, что нормы обычного казахского права также в подавляющем большинстве случаев устанавливали за правонарушение штраф и в некоторых случаях смертную казнь [124, с.76]. Тот факт, что наказание устанавливалось судом биев, не исключало совсем договорной элемент возмещения вреда. Эффективность этих норм была достаточно высокой, и их применение прямым образом влияло на количество деликтов, совершаемых в обратной связи. К примеру, в римском праве период частной мести сменился периодом добровольных соглашений о замене частной мести возмещением вреда, а затем произошел переход к установлению обязательных композиций, то есть штрафов, которые уплачивались потерпевшему, и при этом он должен был отказаться от мести, что нашло отражение в законе XII таблиц [23, с.523]. В современном праве, когда параллельно происходит правовая оценка преступных деяний, норме о размере имущественной ответственности за причинение вреда может быть придан элемент диспозитивности.

В римском праве, как и в казахском обычном праве, особое внимание уделялось ответственности за нарушение обязательств. Рабовладельческий, как и впрочем, и феодальный строй римлян в лице своих государственных надстроек во все времена и эпохи защищал частную собственность. Государство издавало законы: разрешающие и запрещающие. Например, разрешалось использовать принудительный труд рабов, закладывать их, сдавать в аренду, но запрещалось их убивать. Характерно, что в зарождающихся нормах рабовладельческого права мы уже видим нормы ответственности рабов и рабовладельцев. Однако со всей очевидностью ясно, что ответственность рабовладельцев по сравнению с рабами была чисто символической, ибо право в наибольшей степени защищало класс частных собственников. Нарушитель привлекается к имущественной ответственности по частной инициативе под угрозой государственного принуждения. При причинении неимущественного вреда начинают оцениваться имущественные потери и появляются иски о возмещении вреда. При этом оценивается не только наличное уменьшение, но и другое ущемление имущественной сферы, начинает оцениваться имущественный интерес управомоченного лица. Возмещение убытков имеет место, как в договорных, так и в деликтных обязательствах и, несмотря на то, что общего принципа еще не сложилось, можно было говорить о возмещении убытков в обязательственном праве вообще. Однако в правоотношениях между самими собственниками просматривается принцип равной и вообще-то справедливой ответственности за неисполнение обязательств. Так ответственность наступает при наличии вины должника за неисполнение и ненадлежащее исполнение обязательства [125, с.326]. В записях Д.Я. Самоквасова § 179 говорится, что правонарушения могут вытекать из неисполнения договоров и могут быть самостоятельными. «По всем делам, сверх платежа иска или куна, проторы и убытки должен

платить виновный» [39, с.60]. Не было бы вины, если соблюдено все, что требовалось в договоре.

При этом, как ныне действующий Гражданский Кодекс Республики Казахстан устанавливает зависимую связь между виной нарушителя обязательства и его неисполнением либо ненадлежащим исполнением. Такая связь может проявляться в различных формах, определенных законом или соглашением сторон. В - первых отсутствие вины нарушителя обязательства может послужить основанием освобождения его от ответственности. Во - вторых ответственность может применяться и при отсутствии вины нарушителя в неисполнении или надлежащем исполнении обязательства. Ст. 359 ГК РК устанавливает по этому поводу: «Должник отвечает за неисполнение и (или) ненадлежащее исполнение обязательства при наличии вины, если иное не предусмотрено законодательством или договором. Должник признается невиновным, если докажет, что он принял все зависящее от него меры для надлежащего исполнения обязательства» [33, с.112]. Такое определение понятия вины и ее значения для привлечения нарушителя к ответственности выработалось сравнительно недавно.

В течение многих десятилетий и из текста закона, и из его доктринального толкования вытекало, что вина нарушителя в виде общего правила необходимое условие ответственности. Нет вины – нет ответственности, хотя бы бесспорным был сам факт нарушения, и причиненный кредитором этим нарушением материальный ущерб. Например, в ст. 212 ГК Каз ССР под виной подразумевалось психологическое отношение нарушителя к нарушению, иначе говоря, ответственность зависела от того, предвидел ли должник, что его поведение ведет к нарушению обязательства или хотя бы должен был по обстоятельствам дела предвидеть этот факт. Если да, то должник виновен и должен нести ответственность. Если нет, - он не виновен и поэтому не должен привлекаться к ответственности [126, с.221]. А римское право не допускало предварительного соглашения об устранении ответственности за умысел. Так если продавец заведомо продал заложенную вещь, то хотя бы было оговорено, что продавец не принимает на себя ответственности по этому поводу, тем не менее, следует оценить убытки, причиненные его умыслом [125, с.115]. Несмотря на деспотический режим правления в обществе, в римском праве, признание предварительного соглашения об устранении ответственности за умысел недействительным представляет собой положительную идею в законодательстве. Кроме того, со времен римского права и с обычного права казахов до наших дней дошли и другие институты гражданского права, которые отныне впитал в себя и современный Гражданский Кодекс РК.

- О доброй совести и добрых правах в праве, что соответствует Гражданскому Кодексу РК.

При любом взаимодействии субъектов, имеющем, юридическое значение будь то причинение вреда, подписания соглашения, начинает работать механизм правоотношений, а именно обязательственных правоотношений, участники которых изначально определены. До этого момента граждане существуют в правовой среде как совершенно независимые друг от друга,

вернее, несоотносимые друг с другом субъекты. Однако очевидно, что становление юридического факта, как договор, требует гораздо, больших усилий от сторон, нежели причинение вреда, порождающее, как и договор, обязательство. Но до наступления момента согласования воли сторон, договора не возникает, а следовательно нет и обязательства, по крайней мере, основанного на договоре. Как пишут исследователи казахского обычного права, заключения соглашения и исполнения обязательств основывается на доброй воле субъектов договора.

Материалы казахского обычного права подтверждают, что договоры у киргизов заключаются или просто посредством словесного обещания, или же облакаются в более торжественную форму посредством присяги, присутствия свидетелей [35, с.415]. Несмотря на то, что договоры, заключающиеся, без свидетелей не имеют юридической силы, люди доверяющиеся друг другу, избегают свидетелей и ограничиваются одним обещанием, в той надежде, что если возникнут какие либо недоразумения, то они выяснятся очистительной или подтвердительной присягой, принимаемой посторонним киргизом по убеждению. В исследованиях С. Узбеков говорит «многие дела обходятся без присяги. Или обе стороны приходят к взаимному соглашению, или возместивший убытки поручитель примеряет их, либо дело прекращается по распоряжению биев, удовлетворенных заявлением поручителя о готовности к присяге. В казахском обществе предпринимались попытки разрешить проблему по взаимному согласию. В обычном праве эти действия назывались «береке», «салауат», «бітім» [127, с.57]. Этот способ решения споров через присягу постороннего, пользующего доверием киргиза, составляют старинную принадлежность киргизского процесса и, хотя он вообще и сохраняет свою силу по настоящее время, но по отношению к спорам, вытекающим из договоров, он вытесняется постепенно свидетельскими показаниями, а в наше время, с распространением грамотности, письменными документами.

В исследованиях А. В. Мякутина содержится материал, что основным источником обязательств является соглашение, воля сторон [38, с.64].

Тем не менее, следует отметить, что в обязательственном праве русского народа при сделках слово и речь служит средством юридического волеизъявления сторон далеко не как обыденный способ обнаружения мысли и воли. Для силы слова часто нужна не одна обрядность волеизъявления, а и место известная обстановка. Историческая необходимость волеизъявления перед свидетелями вытекала из субъективного взгляда на правоспособность личности и самую сделку, а также словесный способ ее заключения. Русскому обычному праву близко знаком этот вид волеизъявления при свидетелях [128, с.12].

Обратимся теперь к современному праву. Большая часть сделок в современности облакается в устную форму. Единственное доказательство достоверности сделки теперь стала одна вера в честности лица, в твердость данного слова.

Современная цивилистическая наука выработала много идей по поводу влияние воли и волеизъявления на возникновение и формирование

гражданских правоотношений. Например, нынешняя роль договора, освобожденного от влияния плана, заставляет по иному посмотреть на границы свободы воли и волеизъявления его участников. Иногда правоприменительная практика вырабатывает своеобразный подход к тем или иным вопросам, и гражданско-правовой теории необходимо прореагировать на него во избежание повторяемости ошибки или, напротив, для обоснования правильности соответствующего подхода. В других случаях появляется необходимость в обобщенном рассмотрении явления, в чем ранее нужды не было. В определенной мере отпечаток всех перечисленных факторов лежит на проблеме установления роли такой формы волеизъявления, как обещание. В гражданском кодексе понятие обещание встречается в особенной части в ст. 506, 508, 511 [33, с.152-154].

В законодательстве и в правоприменительной практике помимо термина обещание используются слова, гарантирую, заверяю, обязуюсь.

Но среди них обещание представляет собой способ прямого волеизъявления. Но одновременно оно является основанием возникновения обязательства. Обещания могут подчиняться либо исключительно правилам нравственности, либо находиться в области права. Уже на уровне обыденного сознания различаются обещания чисто морального свойства и делового характера, позволяющие получившему обещание строить на нем серьезные расчеты. Последние могут иметь гражданско-правовое значение.

При исследовании юридических норм индоевропейских народов А. Гусаков отмечает, что невыполнение обязательства на ранней стадии развития воспринималось как обман, нарушение клятвы и было равнозначно воровству. Этим автор подтверждает, что в варварских обществах обязательственное право, неразрывно связано с уголовным [129, с.55].

Вместе с тем некоторые исследования подтверждают, что договорное право, например, в американском праве действует в определенных границах обещаний, соблюдение которых закон будет обеспечивать с помощью принуждения. Вследствие этого договорное право имеет дело, прежде всего с обменом обещаниями, потому, что суды в США, как и в других странах общего права, обычно не расположены, обеспечивать исполнения обещания принуждением, если лицо, которому дано обещание, не дало лицу, давшему обещание, ничего взамен. Лицо, которому дано обещание, в свою очередь может дать обещание взамен обещания другого лица или каким либо образом исполнить его. Но как бы то ни было в силу сложившейся традиции одно лишь обещание лица сделать, что - либо не сопровождаемое каким, либо встречным предоставлением не имеет правовой силы. Таким образом, если взамен обещания ничего не было дано, оно не вызывает никаких юридических последствий. В этом случае никакого договора нет. Основная направленность договорного права - это обмен обещаниями [130, с.6]. Значит, можно утверждать, что ядро договорной ответственности обещание.

Кроме того, следует отметить, что в зарубежной практике и в американской правовой системе в самом первом приближении обещанию придается значение основания возникновения обязательства, если обещание

создало у другого лица разумный расчет, разумную надежду на его исполнение, и обнадуженное таким образом лицо предприняло соответствующие действия, вызванные обещанием. Таким образом, в американском праве отводится более заметная роль возникновению обязательства, ибо оно может являться основанием возникновения обязательства в большинстве видов договоров без специальной оговорки.

Подобное сходство можно увидеть и в русском обычном праве в отношении обещания. О вере в слово и обещание в русском обычном праве тоже уделяется внимание. Неисполнение сделки, заключенной устно, подвергает лицо нравственному осуждению и всеобщему презрению. Сила общественного мнения так велика, что это выражается в пословицах: «лучше споткнуться ногою, нежели словом». Неисполнивший своего обещания клеймится общественной кличкой, которая подрывает его авторитет и опорочивает в глазах всей общины [128, с.14].

Следовательно, и древнеримские юристы обратили внимание на различие в ответственности продавца за обещания разных видов. В Дигестах Юстиниана сказано: «Все, что при продаже товара говорится для расхваливания товара, не обязывает продавца, если это ясно видно, например, если продавец говорит, что раб красив, дом хорошо выстроен, то он должен за это отвечать; ибо в силу этого он продает за большую цену» [131, с.293]. В течение ряда столетий гражданское римское право характеризуется принципом ответственности лишь за то, что было прямо обещано. Расширение ответственности продавца за недостатки вещи сначала было осуществлено в практике курульных эдилов, регулировавших торговлю на рынках, и лишь в классический период с основной области применения эдильского эдикта расширенная ответственность была распространена и на общегражданские договоры продажи. Таким образом, и в римском праве основным источником обязательства является обещание.

Отличительная черта обычного казахского права от римского права: при продажной сделке продавец обязан указать покупателю известные как хозяину, недостатки продаваемого имущества или должен предупредить покупателя, этим он слагает с себя ответственность после совершения сделки. В казахском обществе сторона заключающий договор не имел корыстной цели, например обман, обвешивание, обмеривание и.т. д., запрещалось по шариату.

Не случайно отмечается, что сделки под влиянием обмана по киргизскому адату, ничтожны. «Если кто в торгу обман сделает», в постановлении §182 у Самоквасова, «то претендатель должен удостоверить сие присягою, и буде такое удостоверение представить, то иск свой получает сполна: в случае же обвеса, обмера и общитывания, учинитель оного обязан дать присягу в своей невинности, но когда присяги той на срок не доставит, то должен удовлетворить в иск обиженного». Там же § 159 гласит «Кто подделанную вещь продаст за настоящую, тот, по изысканию, извергается из общества и взыскивается с него вещь настоящая» [39, с.57].

У исследователя обычного права Н. И. Гродекова находятся подтверждение тому же «Продажа низкого качества товара под видом

лучшего сорта составляет обман, и сделка расторгается» [32, с.158]. Также мусульманская правовая система подтверждает, что примером обязательства, возникающего из неосновательного обогащения, является обязательство возвратить недолжное, полученное вследствие заблуждение или обмана.

Это подтверждение находится в исследованиях Н.Усерова «шариат заңы бойынша алты жағдайда сауда келісімін жасауға тыйым салынады.

1. Арам нәрселерді сату және сатып алуға.
2. Тартып, тонап алынған нәрселерді сату және сатып алуға.
3. Сатушының өз мүлкі болып табылмаса.
4. Құмармен байланысты сауда-саттық істер.
5. Араластырылған, бір-бірінен ажыратуға болмайтын тауарларды сатуға.
6. Сүтқорлық ниетпен келісім жасауға [132, с.74].

Кроме того и в других его исследованиях также содержатся подтверждение сделки купли - продажи вследствие обмана и заблуждение. Например, «таразыдан алдап жеу, қарыз алып қайтармау, жалшы ұстап, ақысын дер кезінде бермеу» [133, с.109].

Вышеперечисленные примеры в казахском обычном, мусульманском, римском, русском праве подтверждают, что сделки под влиянием обмана относятся к недействительным видам сделок и, что источником во всех правовых системах служит слово обещания. Однако в гражданском законодательстве оно относится к сделкам, имеющим лишь волеизъявление при отсутствии внутренней воли. В современном гражданском законодательстве в ст. 147 ГК РК определяется понятие и признаки сделок. Сделка – это волевой акт, то есть действия людей. «Планомерное соглашение» имеет место, например, если продавец дома договаривается с представителем покупателя, действовавшим по его доверенности о том, что он не сообщит покупателю о ставших ему известными скрытых недостатках приобретаемого строения. Сделки, совершенные под влиянием обмана, заблуждения именуется как недействительные сделки п.п.8.и 9. статьи 159 ГК РК [33, с.55]. Здесь мы видим сходство с вышеперечисленными правовыми системами.

Профессор Ю.Г. Басин в своей работе отмечает, что обман как средство побуждения к совершению сделки заключается в сознательном создании, у ее участника неправильного представления о характере сделки, ее субъектах, предмете или иных условиях [134, с.34-35]. Один из участников сделки, например, убеждает другого, что продает ему золотые часы, хорошо зная, что металл является имитацией золота. В пункте 2 ст.153 ГК установлено правило о том, что несоблюдение простой письменной формы влечет недействительность сделки в случаях, прямо указанных в законодательных актах или в соглашении сторон. В силу прямого указания ГК при несоблюдении простой письменной формы недействительными являются внешнеэкономические сделки (п.3 ст153) , соглашение о неустойке (ст. .294) , договор о залоге (п.п.2.и 3. ст.307) . Как уже отмечалось выше в современном законодательстве форма действительности сделок это письменная [33, с.56].

Отличие обычного права в этом состоит в том, что в праве казахов при заключении сделок особое значение придавали клятвоприношению: устное

изложение содержания соглашения, держа на голове камень, либо клятва хлебом - солью, либо приношение какой, либо новой клятвы – все это считалось залогом исполнения взятого на себя обязательства. Со временем в силу эволюции обычного права появились иные формы договора гарантии как поручительство, залог, доверенность, заклад.

Любое обязательство нуждается в средствах, гарантирующих их исполнение. В виду этого везде, в обычном праве казахов, и в праве русских крестьян, в римском праве, имеющих высокий юридический быт, встречаются различные средства, которые побуждают к исполнению договорной ответственности или даже вполне гарантируют их исполнение.

К таким средствам относятся: а) неустойка, б) поручительство, в) задаток, г) залог, д.) задержание чужого имущества. В киргизском быту встречаются некоторые из этих средств, но в крайне неопределенном состоянии. Обычному киргизскому праву неустойка не известна, в праве не имеется никакое понятие о нем, но Соборное Уложение 1649 года Древней Руси много внимания уделило понятию неустойки. В договорах указывалось, что неисполнение договора влекло за собой уплату неустойки [26, с.25].

По словам исследователя Я.Кузнецова, у русского народа обязательства, как права на чужие действия лица, нуждаются по самой природе своей в таких средствах, которые гарантировали бы исполнение этих действий. К означенным средствам относятся: неустойка, задаток, залог, поручительство и задержание чужого имущества [128, с.24]. Вместе с тем, в главе 18 действующего Гражданского Кодекса Республики Казахстан значительно, расширены способы обеспечения исполнения обязательств, вытекающих из заключенного соглашения: «Исполнение обязательства может обеспечиваться неустойкой, залогом удержанием имущества должника, поручительством, гарантией, задатком и другими способами, предусмотренными законодательством или договором» [33, с.95].

Например, ст.353 ГК предусматривает законную неустойку, выплачиваемые за неправомерное пользование чужими деньгами. Причем убытки возмещаются в части, превышающей неустойку, т. е. это неустойка считается в сумму погашения убытков. Если принять понятие убытков, закрепленное законодательством на сегодняшний день, то получается, что эта статья практически является неработающей в определенных ситуациях. Так, при неисполнении обязательства сторона, выполнившая свои обязанности по договору, в свою очередь, может выдвинуть требование о возмещении всех производственных расходов, тогда неустойкой будет зачтена сама денежная сумма, на которую неустойка и начислялась. Такая ситуация будет иметь место только при возмещении убытков с требованием возврата исполненного. Возмещение убытков, в частности посредством привлечения должника к ответственности, как показывает практика, не всегда полно покрывает интересы кредитора в осуществлении субъективных прав и порой является недостаточным стимулом к надлежащему исполнению должником своих субъективных обязанностей.

Кроме того, следует отметить, что в англо-американском праве ответственность за неисполнение договорных обязательств определяется во многом иначе, чем в праве континентальных европейских стран. В принципе всякое неисполнение обязательства, установленного договором, рассматривается как нарушение договора и влечет за собою ответственность неисполнившей стороны. Поэтому не должно иметь значения, было ли неисполнение договорного обязательства следствием вины должника или исполнение обязательства стало невозможным по причинам, от воли должника совершенно независимым, в частности из-за действия непреодолимой силы [135, с.130].

Как уже отмечалось выше, понятие договорной ответственности связывается, в частности, с возможностью взыскания с должника убытков, вызванных неисполнением или ненадлежащим исполнением обязательства. И эта теория напрямую имеет связь с гражданско-правовой ответственностью.

По словам О.С.Иоффе, «гражданско-правовая ответственность есть, прежде всего, санкция за правонарушение, последствие, установленное в законе на случай его совершения. Эта санкция выражается в применении мер принуждения к правонарушителю. Вместе с тем он отмечает, что особенность гражданско-правовой ответственности состоит в том, что и после совершения правонарушения его последствия могут быть устранены добровольно самим правонарушителем, без вмешательства судебных или иных государственных органов, в силу одной лишь возможности принуждения и на основе осознания правонарушителем характера совершенных им действий и их отрицательного значения для общества [136, с.9].

Следовательно, при более детальном рассмотрении этого положения можно сделать вывод, что взыскание убытков всегда является одним из способов защиты и обеспечения надлежащего исполнения обязательства, но не всегда является мерой гражданско-правовой ответственности. Можно отметить, что в данном положении превалируют силовые методы обеспечения исполнения обязательств.

В традиционном обычном праве казахов в большей части как способ обеспечения ответственности исполнения обязательства закреплено поручительство так называемый кепиль - поручитель. Это посредник между займодавцем и должником, выбираемый из лиц, пользующихся доверием обеих сторон и облегчающий между ними долговые сделки ручательством двоякого рода.

Исследования Маковецкого П.Е. различают двух видов поручителей: поручителей за человека, и поручителей за имущество [50, с.50]. По киргизскому адату один и тот же субъект может быть поручителем с обеих сторон. Заключение договора – поручительство может быть доказываемо существованием письменного обязательства, свидетельскими показаниями и присягой. В § 178 обычаев сибирских киргизов, об ответственности поручителя трактуется так: « Буде кто по кому ручается в платеж, а после будет не в состоянии платить или же в срок не заплатит, в случае же не состояния, буде истец не отсрочит, то поступает к нему в работники:, а если кто, поручаясь по

ком в платеж иска, после будет от того отрекаться, то должен выставить из аула своего одного достойного принять за него присягу, на которой и решение потом основывается» [39, с.275]. Но у киргизов кроме договорного поручительства, есть поручительство другого рода, основанное на родовом начале. За несостоятельного должника обязаны платить, если есть ближайшие родственники. Не случайно М. Ковалевский в исследованиях утверждает, что именно по типу поручительства родственников сложился впоследствии институт поручительства посторонних [122, с.227]. По обычному праву русских крестьян, ответственность поручителя также наступает не только в случае неисправности, но и в случае смерти должника, если конечно после умершего не осталось имущества, достаточного на удовлетворения долга.

В частности, по словам Я.Кузнецова, поручительство случай, в которых постороннее лицо принимает на себя исполнение по договору при неисправности контрагента, весьма не редки в крестьянском быту. Поручитель отвечает вообще перед кредитором в случае неисправности должника. На счет поручительства в русском обычном праве есть пословицы, «кто поручится тот и мучится; поручился, продался; я его выручил, а он меня вымучил» [128, с.25].

Например, по древнему праву Индии поручитель уплативши долг в виду настоянии кредитора, вправе было требовать с должника в два раза больше против сделанного им платежа. У киргизов поручитель может требовать только простого вознаграждения. Высказанные выше положения можно подтвердить материалами судебных решений биев по обычному казахскому праву.

В 1883 году Токарь Сегизбаев, будучи управителем, при посредстве трех поручителей занял у чимкентского Боруха Гадаева 1166 рублей для кибиточного сбора. Ответчик Сегизбаев внес 166 рублей для кибиточного сбора, а остальную часть долга не мог уплатить, имущество же его оказалось проданным по казенным взысканиям. Поручители принуждены были уплатить, тысячу рублей своих денег, и просили суд восполнить понесенный ими ущерб. Съезд биев постановили 500 рублей собрать с ответчика и его близких родственников остальные 500 рублей [32, с.171].

Вышеизложенные данные положения подтверждают, что в частности в казахском обществе как способ гарантии применялся договор поручительства. Выбор конкретного способа защиты, когда закон, по этому поводу не содержит прямого указания, зависит от вида и характера правонарушения. К средствам обеспечения обязательства гарантирующих, выполнение условия договора по обычному праву также можно отнести залог и заклад. Современное гражданское законодательство рассматривает выше перечисленные договоры к обеспечительным способам, являющихся по сути как дополнительные способы ответственности должника. Залоговое обеспечение может сочетать в себе возможности применения мер дополнительной ответственности к самому должнику, а также возможности получения удовлетворения своих требований от третьего лица залогодателя не являющегося основным должником.

Про залог у киргизов исследователь Н.И. Гродеков отмечает: «Залог вещей не известен в степи». Однако он далее продолжает: Но закладываются

зимовые стойбища с находящимися на них постройками. Это делают те, которые должны деньги, а между тем скота не имеют [32, с.130].

По исследованию П.Е. Маковецкого, в случае неисполнения контрагентом условия, заложенная зимовка переходит во владение кредитора, который пользуется ею до выкупа должником, если, однако, должник в течение 10 лет не выкупит зимовки, то она переходит в собственность кредитора [50, с.50]. В исследованиях Д. Я. Самоквасова имеются материалы, которые свидетельствуют, что между сибирскими киргизами еще в начале XIX века залог был довольно распространен. Так относительно залога у Самоквасова помещены следующие постановления: § 161, «Если кто кому, что заложит на время, а у него закладную вещь украдут, собственное имение залогопринимателя останется все в целости, то залогоприниматель должен дать присягу, а когда оной не доставит, то платит за всю поклажу без штрафа» [39, с.132]. Слова Самоквасова подтверждают мысль Н.И. Гродекова, что по обычному киргизскому праву залог между киргизами считается за один из видов аманата. § 165 у Самоквасова гласит «Если залог в срок не выкуплен и превышает полученную в одолжение сумму, то приниматель удовлетворяется из того залога только на ту сумму одолжения, остальное же, возвращается залогодателю, буде же залог стоил менее того одолжения то, должник обязан остальным удовлетворить залогопринимателя» [39, с.132]. Это выдержка из сочинения Самоквасова, доказывает, что по киргизскому адату, неисполнение залогодателем своей обязанности влечет то же самое последствие, как и в современном гражданском праве.

Следует отметить, что по гражданскому праву «обеспечение представляемое залогом, состоит в том, что веритель, при неисправности должника по договору, вправе получить удовлетворение из выручки за продажу известной какой-либо вещи, которая и служит, таким образом, обеспечением исполнения договора». Следовательно, залогоприниматель может получить удовлетворение, при невыполнении договора, не оставлением за собой всегда заложенной вещи полностью, а только из части стоимости его, смотря по тому, на какую сумму вещь заложена. Что касается залога в русском законодательстве «лицо, в интересах которого он учреждается, имеет право пользоваться заложенным ему имуществом, как своим до момента выполнения договора, но при условии отказа от процентов. По мнению М.Ковалевского, пользование кредитора заложенным имуществом является своего рода ростом и, что, следовательно, перед нами не, что иное, как особый вид «возмездной ссуды» [122, с.193].

Можно полагать, что такое мнение М. Ковалевского сложилось оттого, что русское право не знало отличия собственности от владения.

К примеру, в исследованиях Я.Кузнецова содержится понятие «залог - этот вид обеспечения обязательства называется закладом». В крестьянском быту нередки случаи, когда исправность по обязательствам займа обеспечивается каким-нибудь движимым имуществом, чаще всего праздничным носильным платьем. О существовании залога говорят пословицы «все заложено, перезаложено». Таким образом, признается обычаям право

собственности на заложенную вещь только после неисполнения обеспечиваемого обязательства, раз вещь была заложена на срок, то право собственности кредитора упрочивается за вещь только после неисполнения обязательства в срок [128, с.25]. В этом исследовании Я.Кузнецова сходятся с обычаем, известным еще Уложению 1649г. В Уложении 1649г., отмечается «а будет, кто кому в долгу в деньгах или в ином в чем нибудь заложить, что до сроку и кабалу закладную на тот свой заклад даст, а в кабалу напишет: буде он того своего закладу на срок не выкупит, и на тот его заклад то закладная кабала - и купчая: и дав, он такую кабалу, того своего закладу на срок не выкупит: и ему впредь до того своего закладу дела нет, а владеть тем его закладом тому, кому он заложит, и вольно тому такой заклад продать и заложить и в приданное дать» [26, с.20].

Следует отметить, что при установлении залога, в отличие от современного законодательства, на должника переходит не право простого владения, а право собственности, связанное с пользованием и ограниченное в отношении распоряжения. По своей юридической сущности, залог в обычном праве ближе к конструкции договора ипотеки, используемого в условиях рыночных отношений, нежели в условиях социалистического производства. В обычном праве казахов о развитии договора ипотеки как средства обеспечения обязательства подтверждают записи А.И.Мякутина. Ипотека в обычном праве именуется как – задержание чужого имущества [38, с.90].

Законодательство допускало это средство лишь в виде изъятия и только в определенных законом, случаях. В обычном праве задержание чужого имущества встречается очень часто. Во-первых, в смысле приостановления исполнения, какого либо обязательства впредь до исполнения со стороны кредитора другого по отношению к должнику обязательства. Во- вторых, в виде удержания вещей должника впредь до исполнения последним обязательства. В настоящее время изучаемый способ защиты прав допускается и применяется в гражданском праве [137, с.10].

Залог в классическом римском праве близок к ипотеке, оно состояло в праве субъекта залогового права при неудовлетворении обязательства, в обеспечении которого установлено залоговое право, вытребовать заложенную вещь из рук всякого третьего лица, продать его и из вырученной суммы удовлетворить себя по обязательству предпочтительно перед всеми другими взыскателями. Это форма залога ипотека сложилось под влиянием восточного греко египетского права.

Необходимо обратить внимание на положение, которое закреплено в современном законодательстве, что привлечение должника договорной ответственности определяется как возможная мера защиты частного интереса, поэтому привлечение должника к ответственности за нарушение обязательства производится по требованию кредитора.

В цивилистической правовой науке возможно сочетание различных способов защиты. Иллюстрацией такой комбинированной защиты является признание права собственности за управомоченным лицом и вслед за этим восстановления положения, существовавшего до нарушения права,

присуждение к исполнению обязанности в натуре и одновременно взыскание неустойки. В гражданском законодательстве дополнительным способом защиты прав договорной ответственности является взыскание штрафа. Штраф - денежное взыскание, мера материального воздействия, применяемая в случаях и в порядке, установленных законом или договором. По гражданскому праву штраф является разновидностью неустойки [4, с.298].

Любопытную черту и некоторое сходство обычного права составляет следующее положение о том, что в казахском обществе штрафные санкции практиковались при уголовных проступках. По гражданско-исковым делам штрафные санкции применялись при решении исковых дел государственной важности. Собрание материалов киргизских законов Омского временного комитета подтверждают данное положение. § 161 «если кто кому, что заложит на время, а у него украдут собственное же имущества залогопринимателя останется все в целости, то залогоприниматель должен дать присягу, а когда оной не доставит, то платит за всю поклажу без штрафу» [35, с.76].

Рассмотренные положения позволяют сделать вывод, что способы защиты гражданских прав современного законодательства берут истоки из обычного права, римского права. При глубоком изучении обычного казахского права приходишь к выводу, что меры гражданско-правовой ответственности могут обеспечить восстановление материального положения обеих сторон обязательства. Назначение способов обеспечения исполнения обязательств, сводится, во-первых, к стимулированию надлежащего исполнения обязательства, во-вторых, к определенному удовлетворению, как правило, имущественных интересов личности при ненадлежащем исполнении обязательства. Обеспечение исполнения обязательства на современном этапе является развивающимся институтом. Среди перечисленных в правовой науке последствия нарушения договорных обязательств указаны не только меры имущественной ответственности, но и иные последствия. Поэтому необходимо также определить грань, отделяющую ответственность за нарушение договорного обязательства, от мер понуждающих нарушителя к надлежащему исполнению обязательства, от мер оперативного воздействия, наконец, от способов обеспечения исполнения обязательств.

Анализируя содержание указанных институтов, можно прийти к выводу, что это если не тождественные, то, по крайней мере, пересекающиеся понятия. Следует отметить, что концепция ответственности в обычном праве за нарушение договорного обязательства строится в зависимости от того, существует ли в конкретной системе гражданского права принцип реального исполнения обязательств. От этого в большей степени зависит соотношение мер ответственности и мер понуждения должника к надлежащему исполнению обязательств. Если в советский период в условиях безраздельного господства принцип реального исполнения, не имело значения, в каком виде произошло нарушение гражданских прав – в виде неисполнения обязательства либо его ненадлежащего исполнения, то в настоящее время характер нарушения обязательства предопределяет выбор способа защиты нарушенного права. Принцип реального исполнения обязательства сохранялся и в казахском

обществе в период развития казахского обычного права, когда отсутствовали товарно-денежные отношения, меновые отношения требовали защиту гражданских прав. При переходе к рыночным отношениям в современности этот принцип сохранялся при отсутствии конкуренции и рыночных цен в сочетании с тотальным дефицитом товаров и услуг на фоне гигантской инфляции: было необходимо защитить слабую сторону – покупателя в гражданско-правовых договорах. На современном этапе развития экономики и гражданского общества принцип реального исполнения обязательства не является общим правилом, а все возникающие при нарушении обязательства проблемы стороны предпочитают решать, компенсируя причиненные убытки, откладывая в сторону нравственный потенциал.

Достаточно очевидно следует отметить, что последствия нарушения договорного обязательства не сводятся только к применению мер имущественной ответственности, причем иные последствия могут более эффективно понуждать должника к надлежащему исполнению обязательства и защищать права граждан. Таким образом, традиционный уклад жизни кочевого социума имеет своеобразный характер черты нравственности политико-правовых институтов, призванных обеспечивать нормальную жизнедеятельность общества. Относительно слабая, на первый взгляд, сила государственной власти в казахском обществе является выражением внутренне присущих кочевому социуму нормативов, согласно которым каждый отдельный индивидуум не представлял собой субъекта права, а был всего-навсего членом своей общины. Эта община играло основную роль в социализации личности, в его защите. Поэтому, сила общины являлась и его силой, точно также и сила ханской власти заключалась в силе народа, в его единстве. В этом и заключалась особенность демократии, служившей главным лейтмотивом производства и воспроизводства всего кочевого социума.

В силу традиционного характера казахского права институт договорной ответственности в обычном праве казахов на протяжении всей истории развития синтезировал в себе древние правовые идеи и принципы.

Система видов договорной ответственности в казахском обычном праве выделяется особой структурой, позволяющей определить его как сложное институциональное образование, имеющее, в свою очередь, множество разновидностей.

Современный период характерен тем, что не только в Казахстане, но и в других странах актуализировалась проблема обычного права. Основное назначение института обязательства постсоветского периода разумное сочетание элементов различных правовых культур, а также обращение к первоисточкам уникального правового развития - к обычному праву казахов.

В заключение следует отметить, что такие эффективные стороны гражданских правоотношений, устоявшихся в казахском обществе с древних времен, как, например, умение заключить договор, надлежащее исполнение связанных с ним обязательств, нравственные устои гражданских правоотношений, достойны широкого применения в современных гражданских правоотношениях [138, с.33].

Исследования подтверждают, что нравственные начала обычного права казахов свойственны современному обязательственному праву.

Изучение исторических, политических, правовых, этнографических и прочих документов и материалов показало, что на протяжении всей правовой истории народов Евразии, живших на территории от Алтая до Дуная, наблюдались устойчивые связи трех суперэтносов – монголов, славян и киргиз. Их взаимовлияние было настолько ощутимым, что в определенные периоды совпадали образ жизни, формы управления и ряд обычаев со временем закрепленных в нормы обычного права.

Историко-правовая характеристика договорной ответственности исследована в процессе эволюции, видоизменения под воздействием исторического развития и различных экономических систем, отдельных источников и исследований авторов цивилистической науки.

На основании данного исследования был проведен анализ заключений отдельных авторов по вопросу договорной ответственности, исследованы факторы, повлиявшие на то либо иное определение, выявлены проблемные вопросы, представлен соответствующий вывод:

Современный период рыночных отношений позволяет говорить о возрождении нравственных начал в обязательственном праве в основном лишь в теоретическом аспекте. Требование справедливости, разумности и добросовестности в обязательственном праве опирается на научную доктрину, и их теоретической основой являются справедливые способы и методы регулирования имущественных отношений.

2.3 Место и роль обязательства в гражданском праве

В современной доктрине существует оживленный спор по вопросу о том, как определить обязательство. Несмотря на свое многовековое существование, институт обязательства в обычном праве не перестает быть чем-то спорным. Следовательно, затрагивая вопрос об обязательстве необходимо определить значение обычного права в правовой системе.

Вопрос о значении обычно-правовых норм в правовой жизни давно обсуждается в историко-правовой науке. Одним из источников гражданского законодательства является обычай. Это подтверждает ст. 3 ГК РК «Гражданские отношения могут регулироваться обычаями, в том числе обычаями делового оборота, если они не противоречат гражданскому законодательству...» [33, с. 4].

По мнению Ю.Г.Басина, под обычаями в ГК понимаются правила поведения, сложившиеся в данной местности или в данной этнической (социальной) группе населения по поводу имущественных или личных отношений, охватываемых в общей форме гражданско-правовым регулированием. Обычай же делового оборота - это правила, сложившейся при осуществлении предпринимательской деятельности, к примеру, о распределении между продавцом и покупателем, находящихся в разных государствах, расходов по доставке купленных товаров [139, с.13].

Обычное право определяется как «бытовая форма права», которая не зависит от закона в силу общего убеждения в ее необходимости и обязательности. Считалось, что обычное право, выработанное народом под влиянием тех или других жизненных бытовых условий, включает в себе общепризнанные юридические воззрения народа и осуществляется фактически путем единообразного соблюдения в течение более или менее продолжительного времени [140, с.1]. По мнению М.Ф.Владимирского - Буданова, обычное право вытекает из природы человека, а разнообразие обычаев по племенам и нациям объясняется разными ступенями культуры и условиями экономической общественной жизни. К свойствам обычного права ученый относил: двойную обязательность, религиозное значение, традиционный и консервативный характер, и одновременно гибкость, способность изменяться вместе с жизнью [141, с.109].

Говоря о характерных свойствах обычного права, он писал, что «для сообщения праву внешней обязательной силы ему придается религиозное значение, так же происхождение обязательных норм возводится к самому божеству» [141, с.111].

П.Лякуб определял обычай как источник права, который вытекает только из воли отдельных лиц, принимающих что-либо за право для себя, в тех видах, что это может сделать правом и для других [142, с.4]. Исследователь обычного права К.Савиньи, признавал нравственную основу обычного права и считал, что обычай имеет нравственный потенциал [142, с.5]. Известный цивилист С.Пахман относил обычай к источникам права, наряду с законодательством и судебной практикой. По его мнению, обычай важен именно в том смысле, что в них могут оказаться начала, весьма пригодные для гражданского уложения. Он писал: «Обычные начала юридического быта должны входить и в самую науку гражданского права» [143, с.26].

Основные положения современного гражданского законодательства, а равно и его правового института - обязательства, восходят к истокам обычного права и римского права. Очевидно, что основы римского права и его правовой культуры отражены как в российском, так и в казахстанском законодательстве. Вместе с тем данную рецепцию нельзя рассматривать как автоматическое заимствование принципов и норм другой правовой системы. Она должна преломляться в национальном праве с учетом современных реалий. Обязательственное право, являясь одним из основных институтов гражданского права, занимает ведущее место в регулировании экономических процессов в обществе. Именно в современных условиях возникает объективная необходимость принципиально новой оценки той позитивной роли, которую играет институт обязательственного права в правовой национальной системе Казахстана.

Исторический анализ роли и сущности института обязательства позволяет обосновать тезис о необходимости учета опыта, достигнутого в регулировании гражданских отношений традиционным казахским обществом.

Во второй половине XIX и в начале XX веков на территории Казахстана действовали, во-первых, обычно правовые нормы и институты, уходящие

корнями в глубокую древность и видоизмененные в течение многих веков, во-вторых, законы Российской империи, в третьих, нормы мусульманского права. Эти различные по характеру и по источникам нормы права влияли друг на друга, вытесняли друг друга и, можно сказать, что между ними шла достаточно активная борьба за жизненные пространства.

В исследованиях А.И.Мякутина дается понятие института обязательства, «в киргизском адате существует понятие о том правоотношении, в котором является право не на вещь непосредственно, а на известное чужое действие. Это усматривается хотя бы уже из того, что купивший какой-нибудь предмет не считается его собственником тотчас после заключения договора, а после передачи его» [38]. Кроме того в казахском обычном праве отдельные виды обязательства разнообразны и во многом сходны с соответствующими видами современной правовой системы. Современное понятие обязательства в гражданско-правовой науке представляет собой самостоятельную обособленную группу юридических норм, регулирующих однородные имущественные и связанные с ними неимущественные отношения в сфере экономического оборота, которые устанавливаются в процессе товарного перемещения материальных благ, опосредуя передачу материальных ценностей от одних лиц к другим. В ст. 268 Гражданского кодекса содержит понятие «Обязательство в современном понимании есть гражданское правоотношение, в силу которого одно лицо (или несколько лиц) имеет право требовать от другого лица (или нескольких других лиц) совершения определённого действия либо воздержание от совершения какого-либо действия» [144, с.10]. В данном понятии обязательства имеются такие нравственные начала, как добросовестность, справедливость свойственные обычному праву казахов. Исследователи римского права, выявляя общее понятие обязательства, в самом определении проводили размежевание права на вещь и права требовать действия. «Сущность обязательства не в том состоит, чтобы сделать нашим какой-нибудь телесный предмет, или какой-нибудь сервитут, но чтобы связать перед нами другого в том отношении, чтобы он что-нибудь дал, сделал или предоставил [20, с.145].

В следующих исследованиях римский термин «obligation» означает не просто обязанность, но также и соответствующее право. Другими словами, он означает во всей полноте то отношение между сторонами правовую связь, как его называли римские юристы, которое соединяет, например должника с его кредитором или одну вступившую в договор сторону с другой. В общепринятом смысле, в противоположность строго юридическому, данный термин означает исключительно обязанность или ответственность. Это различие может быть пояснено употреблением слова «долг», которое до некоторой степени имеет такое же двоякое значение, как слово обязательство [145, с.39]. Ансон.В.Р., в своей монографии даёт понятие обязательству «обязательство является большим, нежели простое сообщение о намерении, так как означает согласие должника стать обязанным по отношению к лицу, сделавшему соответствующее заявление. Намерение сторон должно заключаться в создании между ними обязательства, так же в возложении на

должника обязанности его выполнить и в предоставлении кредитору права требовать исполнения, причем это не только моральное или общественное, а правовое обязательство. Например, обещание прийти на ужин не создает для должника юридической обязанности, ибо ясно, что это лишь моральное обещание [146, с.14].

В сравнении с этим понятием в Гражданском уложении германской империи преобладает иной характер понятия обязательства. Большей частью обязательственные отношения возникают из человеческого оборота, а человечески оборот свободен. В обороте они возникают из юридических сделок, прежде всего из договоров, а сущность договора с точки зрения обязательственного права заключается в соглашении обеих сторон об имеющем возникнуть между ними обязательственном отношении. Также отмечается, что договор не есть единственное основание возникновения обязательств, при известных обстоятельствах обязательства могут возникнуть из односторонних волеизъявлений должника [147, с.186].

При исследовании зарубежного источника и его связи с современностью можно заключить, что договорные отношения отдельных стран не имеют обязательственный характер. Так Германскому гражданскому уложению свойственна высокая степень обобщения правовых явлений вообще и в сфере регулирования обязательственных правоотношений, согласно которому « в силу обязательства, кредитор вправе требовать от должника исполнения обязательства. Исполнение обязательства может состоять также в воздержании от действия» [148, с.250].

Тем не менее, следует отметить, что обязательство в буржуазном праве представляет собою возникающую на основе экономического строя капиталистического общества и в соответствии с действующими в нем правовыми нормами имущественную связь между двумя или несколькими лицами, выражающуюся во взаимном координировании поведения этих лиц, как носителей гражданских прав и обязанностей. Возможное содержание обязательств, несмотря на создаваемое жизнью разнообразие, ограничено некоторыми пределами. Об обязательстве в юридическом смысле можно говорить в случаях, когда требуемое поведение не составляет предмета нравственной обязанности, правил приличия. Для юридического существования обязательства необходимо, чтобы при возложении на одно лицо обязанности определенного поведения имелось в виду закрепить за другим лицом право требовать такого поведения с обеспечением этого права возможностью принудительных мер со стороны государственной власти. Обязательство не должно иметь своим объектом действия, которые невозможны фактически или недопустимы в силу закона, или, наконец, противоречат добрым нравам, так же в действительности требованиям морали господствующего в обществе класса [135, с.21]. Не имеют силы, далее обязательства, которые лишены достаточно определенного содержания, или установление содержания которых предоставлено исключительно усмотрению должника. Тем не менее, признается сила за обязательствами, содержание которых должно быть определено не просто по усмотрению должника, а по

справедливому его усмотрению: в этих случаях предполагается, что суд может корректировать определенное должником содержание обязательства, руководствуясь критериями буржуазной справедливости [135, с.22].

К примеру, Французский гражданский кодекс в титуле третьей книги «О договорах или о договорных обязательствах», не содержит никакого определения понятия обязательства и не устанавливает общих принципов, применяемых ко всем обязательствам вообще, независимо от их разновидностей. Хотя, французское гражданское право знает доктринальное понятие, определяющее обязательство как правовую связь, посредством которой одно лицо должно в отношении другого лица - кредитора к предоставлению, действию или воздержанию от действия [148, с.251]. Английское право в меньшей степени испытало влияние римского права.

В праве Англии, как и в праве США до настоящего времени в законодательстве, ни в прецедентном праве нет обобщенного понятия обязательства, которое носило бы нормативный характер. Это все же не означает, что проблема обязательственного правоотношения не возникает ни в судебной практике, ни перед участниками гражданского оборота, однако она всегда рассматривается в связи с договором или деликтом. Несмотря на то, что иск из договора в английском праве сравнительно развивается из деликтных исков, что, таким образом, существует историческое сходство между двумя основными видами обязательств. Договорными и деликтными существует тесная связь, традиционная систематика английского права не знает единого общего учения об обязательствах, а излагает их в двух разных разделах, посвященных договорам (правонарушениям). В доктрине вырабатывается общее понятие обязательства, но опять таки применительно либо к договорам, либо к деликтам, и оба эти обязательства противопоставляются друг, другу без выявления каких-либо общих свойств и принципов.

Вместе с тем, обязательство в зарубежном праве представляет собой имущественную связь между двумя или несколькими лицами, выражающуюся во взаимном координировании оповещения этих лиц, как носителей гражданских прав и обязанностей, то есть в совершении определенных действий или в воздержании от их совершения [135, с.20].

Об уровне развития гражданского права и, в частности, обязательственного права в России до революции можно судить по работам одного из крупнейших цивилистов - Шершеневича Г.Ф.

Дореволюционная правовая наука и особенно цивилистика имели высочайший уровень развития, она вобрала в себя и лучшие образцы зарубежной правовой науки и практики, и результаты отечественного опыта.

Г.Ф. Шершеневич в источниках дает определение обязательству: «Под обязательством понимается такое юридическое отношение, из которого обнаруживается право одного лица на известное действие другого лица» [24, с.267]. Расшифровывая вышеуказанную теорию Г.Ф.Шершеневича можно утверждать, что в данном конкретном случае автор абстрагируется от воли кредитора в смысле личностных, индивидуальных взаимоотношений последнего с должником. Поэтому он указывает, что «при безразличии этой

стороны вопроса действию может быть выполнено каждым». Так, например, долг может быть уплачен всяким лицом, а не только должником потому, что объектом права является платеж денег, а не сам должник и не его воля, но, например, обязанность доверенного не может быть выполнена другим, потому, что объектом права являются услуги данного лица, обусловленные его опытом, знанием, добросовестностью и иными личными его качествами [24, с.267].

Из исследования следует, что обязательства призваны только к определенным активным положительным действиям редко пассивная функция по определению римского права, которая не исчерпывает объекта обязательства, и обычно выступает в качестве результата или дополнения к положительным действиям субъектов. Например, пассивная обязанность продавца не мешать покупателю, выбирать товар, есть следствие уже ранее совершенного им положительного действия по передаче товара. В этом заключается специфика обязательств с точки зрения юридического объекта.

Каждое обязательство, как право требование активного субъекта и исполнения пассивного, есть основание каких-либо мотивов. Мотивов или причин может быть множество, но все они сводятся обыкновенно к двум видам обязательств, к обязательствам, вытекающим из сделок, и к обязательствам, вытекающим из правонарушений. Следовательно, ответственность по обязательствам падает только на лицо, а не на имущество его, ибо обязательство носит вполне личный характер. В силу этого при исполнении обязательства взыскание не обращается на имущество должника, хотя бы оно у него и было, а на лицо должника. Обязательства как уже выше отмечается, могут возникать не только из сделок, но из правонарушения. Правонарушением в обширном смысле называется всякое действие или упущение, которым наносится ущерб чужому праву.

Отличительной особенностью казахского обычного права от других правовых норм выражается в том, что правовым институтам характерны черты нравственности, добросовестности. Также в исследовательской литературе, касающегося обычного права отмечается влияние мусульманского права на обычное право. Исследование Н. Усерова подтверждают эту теорию, «с распространением ислама обнаружилось, что нормы мусульманского права нередко совпадали в содержании с нормами обычного права исламизированных народов» [149, с.5].

Среди особенностей, присущих как мусульманскому, так и обычному праву, можно отметить основу добросовестности и справедливости в договоре купли продажи. Например, иногда продавец заявляет покупателю «Если у товара есть законный недостаток, то, я ее возьму обратно, если же она больная, то останется за тобой». Если потом обнаруживался недостаток товара, то на другой день должно быть заявлено об этом. В настоящее время, это по современному законодательству не может служить причиной расторжения сделки. Прежняя постановка данного вопроса соответствует римскому взгляду. Как известно римское право требовало, чтобы цена при купле-продаже была справедливой. Это условие справедливости, добросовестности означает, что при купле-продаже должен получиться за проданный предмет не только определенный и действительный эквивалент, но что и

ценность эквивалента должна до некоторой степени подходить к ценности продаваемой вещи.

Отечественное законодательство не требует этого условия, потому, что главное внимание сосредоточено на соглашении, вещи имеют ту цену, какую придают ей контрагенты, только бы цена эта не становилась мнимой. Русское обычное право, в соответствии с отечественным законодательством, высказывается, что убыточность сделки не дает права на ее уничтожения, если была заключена добровольная торговля. Кроме того, нравственные начала содержатся и в обычном праве крестьян Харьковской губерний. « Крестьяне, заключив кокой - нибудь договор, молятся богу, бьют по рукам и пьют магарыч – водку; договор считается окончательно заключенным с того момента, когда обе стороны, придя к соглашению, ударили по рукам, - после этого отказываться от договора, или изменять таковой, считается недобросовестным [150, с.26]. Свидетели по обычаю должны быть тоже добросовестным человеком. Из этого следует, что главное внимание в казахском обычном праве, русском праве уделяется требованию справедливости, разумности, добросовестности. Практическое применение нравственных начал в гражданско-правовом законодательстве кроется в реальных конкретных отношениях сторон при заключении договора или сделки. Кроме того, современное гражданское законодательство содержит ст.8 ГК РК п.4 гласит « граждане и юридические лица должны действовать при осуществлении принадлежащих им прав добросовестно, разумно и справедливо, справедливо, соблюдая содержащиеся в законодательстве требования, нравственные принципы общества, а предприниматели - также правила деловой этики [33, с.6].

Эта обязанность не может быть исключена или ограничена договором. Добросовестность, разумность и справедливость действий участников гражданских правоотношений предполагаются». Итак, мы видим, что задачи, поставленные, гражданским кодексом содержат идеи возрождения норм обычного права казахов. Но не все законодательные правила, даже самые современные, могут быть перенесены в законы нашей Республики, отражающие особенности ее истории, традиций, экономики и других условий, пренебрегать которыми не допустимо. Однако в теории гражданского права можно выделить следующий вид недействительных сделок, совершаемые с целью, заведомо противной основам правопорядка или нравственности, а также мнимые и притворные сделки. В ст.158 ГК РК дается определение этой сделке, « недействительна сделка, содержание которой не соответствует требованиям законодательства, а также совершенная с целью, заведомо противной основам правопорядка или нравственности». Под основами правопорядка понимаются установленные законом гарантии осуществления субъективных прав и обеспечения строгого исполнения юридических обязанностей в гражданских правоотношениях [33, с .58]. В исследовательской литературе, касающейся как обычного, так и всей правовой системы встречаются понятия нравственности.

Нравственность - это представления о справедливости, добре и зле, плохом и хорошем, сложившееся на основе оценки поведения людей в данных условиях жизни общества. В статье гражданского кодекса речь идет об общественной нравственности, а не о нравственности отдельного человека или группы лиц. К

таким сделкам можно отнести, например продажу товаров заведомо опасных для жизни и здоровья граждан. Между тем составление сделок на основе устного согласия подтверждают, о проявлении нравственных начал в гражданском законодательстве. Например, ст. 151 ГК гласит « сделка, для которой законодательством или соглашением сторон не установлена письменная или иная определенная форма, может быть совершена устно, в частности все сделки, исполняемые при самом их совершении. Такая сделка может быть совершенной и в том случае, когда из поведения лица явствует его воля совершить сделку». Это статья доказывает, что в современном гражданском праве культура заключения договора и исполнения обязательств являются неотъемлемой частью деловой этики [33, с. 57].

Ведь средство устного соглашения являются гарантией слово чести партнера при выполнении обязательства. В личностном плане нравственную основу поведения составляет возможность выбора, право поступать без принуждения, по своей воле. В этом смысле и ценность свободы как основы демократии и прогресса, необходимого условия существования сообщества людей. Гегель в «Философии права» говорит, что «нравственность есть идея свободы»... «нравственность есть понятие свободы, ставшее наличным миром и природой самосознания» [151, с.200].

Действительно, нравственность немислима без свободы, поскольку «нравственные силы», управляющие жизнью индивидов, «срабатывают» только в условиях свободы выбора человеком поведения. Еще Гегель говорил о том, что «авторитет нравственных законов бесконечно более высок». Думается, с этим же связан и правовой аспект, причем далеко не теоретический. Сама жизнь показывает, что правовые нормы, имеющие в основе нравственные ценности, имеют гораздо большую силу и авторитет, нежели другие [151, с.200].

Исторический анализ доказывает, что в казахском обычном праве все договорные обязательства, основываясь на устном соглашении, считались гарантией договорной ответственности. Например, есть отличительные стороны договора безвозмездного пользования имуществом, в законодательстве современности договор ссуды требует письменного согласия. В обычном праве по А.И. Мякутину « под ссудой разумеется договор, в силу которого одна сторона обязывается доставить другой для определенного безвозмездного пользования, владения какую-либо движимую вещь на определенный срок или чаще на неопределенный срок под условием возврата той же вещи» [38, с.121]. Объектом ссуды в обычном праве чаще всего бывают верблюды. Это усматривается из следующего показания Торгая и Умирбека « За верблюда, нанятого возчиком за деньги у постороннего лица и павшего не по причине наложения чрезмерной тяжести, возчиком не отвечает перед хозяином верблюда; За верблюда, взятого без платы, отвечает. Впрочем, редко платят сполна, ибо Бии принимают во внимание, что верблюд был дан, по знакомству и устраивают сделку на $\frac{1}{2}$ $\frac{1}{4}$ стоимости животного». Приведенная выдержка еще раз подтверждает безвозмездность ссуды. Также, она показывает, что вознаграждение за гибель ссуженной вещи большей частью бывает меньшей стоимости его. Русское гражданское право стоимость взыскивает в полной мере, если только в случае злого умысла в его гибели или порчи со стороны

ссудоприемателя. По римскому праву, получивши ссуду, не отвечал за неосторожное повреждение вещи, а только в случае злонамеренной порчи. Изучаемая выдержка свидетельствует, что при ссуде играют значительную роль нравственные отношения и, следовательно, нет чисто юридических отношений: недаром в рассматриваемом примере говорится о верблюде, данном по знакомству. На эту нравственную основу обращает Мейер и добавляет: « Вот почему и в римском праве, отличающемся полнотою своих определении так называемый безвозмездное предоставление пользования вещью до востребования оставался чуждым регламентации законодательства» [152, с.106].

В современности договор безвозмездного пользования имуществом в законодательстве строго обязывает ссудополучателя вернуть имущество в том состоянии, в котором брал, или при износе восстановить имущество.

Одной из разновидностей безвозмездного договора в обычном праве является договор поклажи. «Поклажа, называемая также отдачею на сохранение, представляется договором, по которому одно лицо передает другому на сохранение какое-либо движимое имущество, на определенный срок или бессрочно, за вознаграждение, с правом потребовать его обратно» [35, с.411]. Поклажа большей частью у казахов бывает безвозмездной, потому, что главная ее сфера нравственная, а юридическая сторона находится на втором плане. «Добросовестность по отношению к вещам, принятым на сохранение (аманат)», говорит Н.И.Гродеков, «есть обязанность нравственная, не юридическая, как это видно из названия; «божий аманат». Поэтому вещи поручают на сохранение только лицам, хорошо известным или родственникам. Поклажеприематель обязан хранить вверенную ему вещь и должен возвратить ее поклажедателю в целости. О степени ответственности за аманатом заключают условия перед принятием его [32, с.122]. По осетинскому обычному праву поклажеприематель освобождается от ответственности, если принятая вещь потеряна при форс- мажорных обстоятельствах или при простой неосторожности, иногда с поклажеприемателя снимали всю ответственность. Также отличительная черта осетинского права в нем нет ответственности за повреждение вещи, если оно произведено не самим поклажеприемателем. Исследования доказывают, что в осетинском праве тоже сохранялись нравственные начала как добросовестность, разумность, ведь вышеперечисленные примеры доказывают, что поклажеприематель не злонамеренно потерял вещь данное на хранение. Современном гражданском законодательстве содержится статья относящиеся к договору хранения (поклажи). Форма договора хранения по ст.772 ГК гласит « договор хранения должен быть заключен в письменной форме, а в виде бытовой услуги может заключаться в устной форме», [33, с.217], сдача вещи на хранения при чрезвычайных обстоятельствах (пожаре, наводнении) при отсутствии письменной формы договора может доказываться свидетельскими показаниями. Указанные сходства в казахском обычном праве и в гражданском законодательстве вполне объяснимы так как и современное законодательство требует при заключении и исполнении обязательства разумности и справедливости в регулировании имущественных отношений.

В казахском обществе одной из разновидностей гражданских правоотношений считалось заключение договора и принятие на себя обязательств. Оно осуществлялось в виде человеческого волеизъявления как законного действия. Сущностью гарантийных обязательств в казахском обществе было словесное обещание и поручительство. Поручительство практиковалось не во всех договорах, в основном обещание выступало гарантом обязательства. Например, по договору купли-продажи гарантией мог быть просто разговор, сопровождающий продажу, либо как утверждения, могущие иметь определенные правовые последствия. По этому поводу материалы Н.И.Гродекова подтверждают вышеуказанную теорию, «законченное соглашение о купле-продаже знаменуется у казахов подачей руки и закрепляется со стороны продавца словами: « Пользуйся на счастье», а со стороны покупателя: « Пусть одно у тебя превратится в тысячу; ты так же будь в прибыли» [32, с.127]. Последние слова свидетельствуют о проявлении культуры заключения договора, уважение деловых партнеров, что является неотъемлемой частью деловой этики и в современности.

На ранней стадии развития правового регулирования купли продажи деловые связи устанавливались таким образом, что продавец и покупатель вели переговоры и договаривались лично, а товар находился тут же, при них. С развитием торговых отношений характер деловых связей изменился и наметился отказ от продажи товаров непосредственно вместе их нахождения. Более частыми стали ситуации, когда продавец или его представитель являлись к покупателю и составляли письменный договор. При этом представителем выступали маклеры, и на него возлагалась вся ответственность.

В дальнейшем правовые последствия таких утверждений выразились в правовом регулировании гарантийных обязательств зарубежных государств. В законе США 1975 года сущность гарантии при договорах определяется следующим образом: « Прямо выраженная гарантия любое письменное подтверждение обязательства, данного коммерсантом потребителю в связи с продажей товаров широкого потребления, оно также содержит утверждение или обещание, что такой материал не имеет дефектов, а также любая письменная гарантия возместить убытки, исправить, или заменить товар, если названный товар не отвечает условиям, указанным в обязательстве» [153, с.157]. Как видно из этого определения, гарантия имеет два ярко выраженных аспекта: обещание или утверждение относительно какого либо фактического состояния. Определяя сущность гарантийного обязательства, можно обратиться к договору как юридическому факту, порождающему гарантийное обязательство. Традиционно обязательство в нашем праве понималось, как обязанность другой стороны совершить определенные действия и право другой стороны требовать от нее совершения этих действий. В соответствии с этим обязательства- утверждения о наличии определенных фактов являются легко различимыми и как бы самостоятельными условиями договоров. Следовательно, исследования подтверждают, что главной особенностью обязательственного права в англо-американском праве, отличающей ее от аналогичных институтов в странах континентальной правовой системы права, является то, что она носит как

абсолютный, безусловный характер. Этим и обуславливается черта ответственности в англо-американском праве, как ее безвиновный характер. Для привлечения к ответственности стороны, нарушившей договор, не требуется наличия вины в совершении данного нарушения. Договорное обязательство, принятое на себя должником путем заключения договора, изначально рассматривалось в англо-американском праве не в качестве обязанности надлежащим образом совершить определенные действия, направленные на достижение интересующего стороны результата, что является сущностью обязательства в странах континентальной системы права, а в качестве гарантии достижения этого результата. Гарантия в этом случае выражалась в принятии на себя соответствующей стороной безусловной ответственности за не достижение предусмотренного в договоре результата. В англо-американском праве любое обещание обеспечено гарантией обещавшего, оно может рассматриваться как договорное обязательство. Различие простого обещания и гарантии в англо-американском праве состоит лишь в том, что предметом гарантии являются факты, а предметом обещания - фактическое состояние, основанное на действиях лица.

Несколько иначе обстоит дело в странах континентальной правовой системы права. Обязательство не носит здесь характера гарантийного. Это четко вытекает из правовых норм, определяющих сущность обязательства. Статья 1101 Французского гражданского кодекса (ФГК) гласит: «договор есть соглашение, посредством которого одно или несколько лиц обязываются перед другим лицом или перед несколькими другими лицами дать что-либо, сделать что-либо или не делать чего-либо». В статье Германского гражданского уложения (ГГУ) сказано: «На основании обязательства кредитор вправе требовать от должника совершения определенного действия. Исполнение может заключаться в воздержании от действия» [153, с.158].

И, наконец, ст.268 Гражданского кодекса РК также имеет сходство в определении обязательства. Как видно из формулировок, сутью обязательства является обязанность должника совершать или не совершать определенные действия, а кредитор наделяется правом требовать от должника совершения или не совершения этих действий. То есть здесь главное - действия должника само по себе, а не предоставления какого-либо результата. В определенной мере отпечаток всех перечисленных факторов лежит на проблеме установления роли такой формы волеизъявления, как обещание. Известно, что названная свобода человечеством ограничивалась всегда - обещание с целью недопустимости от его отказа облекалось в форму клятвы, подкреплялось магией слов, печати и.т.д. Выше перечисленные исторические примеры не раз доказывают, что словесное обещание в обычном праве являются неотъемлемой частью деловой этики, культуры заключения договора и института обязательства. В современном гражданском праве понятие обещание встречается в особенной части (в ст. 506,508,511,515,855,910,911,912). В правоприменительной практике помимо термина обещание используются, слова гарантирую, заверяю, обязуюсь и другие [33, с.152].

Такие утверждения, обещания сами по себе не являются обязательствами в смысле ст.1101 ФГК, ст.241 ГГУ, ст. 506,912 ГКРК. В силу утверждения, обещания должник не должен совершать какие-то действия, а кредитор не может требовать совершения от него каких-то действий - должник лишь гарантирует наличие каких-то фактов. И если утверждения, обещания не выступают обязательствами в смысле вышеперечисленных статей, то вина, необходимая для возложения ответственности при нарушении этих обязательств, к гарантиям не относится. В гарантийных отношениях обязательства по совершению действий возникают лишь при нарушении гарантии.

Обещания могут подчиняться либо исключительно правилам нравственности, либо находиться в области права. Уже на уровне обыденного сознания различаются обещания чисто морального свойства и делового характера, позволяющие получившему обещание строить на нем серьезные расчеты. Последние могут иметь гражданско-правовое значение.

Право, мораль и нравственность - своеобразная квинтэссенция огромного опыта, накопленного человеческим обществом, передаваемого в снятом виде из поколения в поколение на началах преемственности и постоянно обогащаемого в процессе развития [154, с.52].

Нравственность - внутренне, духовна, общечеловечна. Ее корневой основой является прирожденное исключительно человеку чувство стыда. Понятие морали изменчивы, корпоративны, поскольку обуславливаются извне наличным интересом группы, политическими страстями и национальными предрассудками [154, с.211].

Моральный аспект обещания может быть сильнее юридического. Например, если начальник, публично обещал сделать подарок отдельному лицу или коллективу, юридически не может быть побужден к совершению дара, ибо не были выполнены требования закона, предъявляемые к обещанию дарения, однако сила такого обещания не менее, а более существенна, чем сила юридически значимого обещания. Моральный аспект усиливает мотивационную сторону исполнения юридической обязанности. Понятию обещания в гражданско-правовом смысле свойственны определенные признаки, отсутствие хотя бы одного из которых лишает обещание гражданско-правового значения. 1) инициативный характер обещания, 2) направленность на будущую реализацию содержащихся в обещании условий, 3) закреплённость обязательного значения обещания в законодательстве или сделке. Выше указанные два признака характерны и для обычного права казахов, а третий признак указание в законе и его закреплении обещания в сделке не уместно для обычного права. Ведь в казахском обществе нравственный потенциал был намного превыше всего. Итак, подводя итог самым основным идеям гражданского права, подчеркнем: современный Гражданский кодекс впитал в себя главные институты частного римского права, конечно, с теми видоизменениями, которые необходимы законодателю в современной рыночной реальности.

Тем не менее, следует отметить, что в реальной жизни не существует обязательств, обращенных лишь к пассивному поведению должника. Должник всегда обязывается либо только к активным действиям, либо также к

воздержанию от определенных действий, но непременно сопутствующих активной деятельности должника, а не заменяющих ее. Разнообразен характер общественных отношений, на урегулирование которых направлены обязательства. В форму обязательства облакаются и нормальные отношения между субъектами гражданского права, связанные с реализацией продукции, производством работ, оказанием услуг и отношения, возникшие вследствие ненормальных, недозволенных действий - причинения вреда, неосновательного обогащения.

Сам факт причинения вреда (деликт) при наличии других предусмотренных законом условий является основанием возникновения обязательства, в силу которого потерпевший вправе требовать от причинителя или лица, которое за него отвечает, возмещения понесенного ущерба.

Если договорные обязательства опосредуют и регулируют отношения участников гражданского оборота в процессе его нормального осуществления и развития, то деликт это обязательство призванные обеспечить защиту имущественных прав и интересов, а также связанных с ними личных неимущественных интересов [155, с.11].

Договорные обязательства возникают на основе заключенного договора, а внедоговорные обязательства предполагают в качестве своего основания другие юридические факты. В зависимости от основания возникновения все обязательства делятся на два вида: договорные, внедоговорные.

Принцип деления обязательств на договорные и внедоговорные сохранился во всех правовых системах, как в римском праве, так и в развивающихся самостоятельно в современных правовых системах.

Весьма своеобразно трактовка обязательства, возникающие вследствие причинение вреда, или неосновательного обогащения в казахском обычном праве. Исследования Самоквасова подтверждают, что в обычном праве существовало понятие возникновения обязательства из договора или из деликта [39, с.168].

Правонарушения в казахском обществе могут вытекать из неисполнения договоров и могут быть самостоятельными. Н.И.Гродеков в исследованиях отмечает, что неосторожные действия у киргизов, последствиями которых причинен вред, возмещается имуществом, а вред, причиненный здоровью, куном в размере установленным обычаем. К таким случаям народ относится снисходительнее, чем к совершенным из мести или другою целью. Л.А.Слохотовов говоря о правонарушении, отмечает, что правонарушения болезненные, невежественные и случайные, как лишённые всякого участия воли, не влекут за собой наказания лиц, их совершивших: но оставить без вознаграждения потерпевшего и по обычному праву нельзя [138, с.12]. В своем исследовании, сравнивая деликтные и договорные обязательства, приходит к выводу, что больше всего в киргизском быту рассматривалось деликтное обязательство, так как в киргизском адате нет уголовной ответственности, а все исковые дела оканчиваются гражданским удовлетворением. Аналогичный характер приобретает римское право, в нем подразделяется на обязательства как бы из договора, и обязательства как бы из деликта. Обязательство как бы

из договора, возникали при отсутствии между сторонами договора, но по своему характеру и содержанию сходные с обязательствами, возникающими из договоров. Обязательства из деликтов являются древнейшим видом обязательств. В глубокой древности их санкцией была частная месть со стороны потерпевшего и его родичей. По мере укрепления государства и усложнения хозяйственной жизни стали практиковаться соглашения между правонарушителем и потерпевшим о замене мести денежным штрафом, эти соглашения были санкционированы правом. В процессе исторического развития штрафы из деликтов стали нередко заменяться возмещением убытков, вследствие чего реже стало применяться умножение ответственности.

Современное гражданское законодательство имеет сходство с вышеперечисленными законодательствами. Ст. 953 ГК РК гласит «лицо, которое без установленных законодательством или сделкой оснований приобрело или сберегло имущество (неосновательно обогатилось) за счет другого лица (потерпевшего), обязано возвратить последнему неосновательно приобретенное имущество, за исключением случаев, предусмотренных законодательством» [33, с.273]. Говоря о роли обязательственного права в традиционном казахском обществе, уместно будет отметить случаи неправопользование чужим имуществом или как в современном гражданском праве гласит неосновательное обогащение чужим имуществом. В киргизском быту при владении чужим имуществом, владельцев подразделяли на добросовестных, и недобросовестных владельцев. Недобросовестным считался тот, кто без разрешения владел имуществом, а добросовестный тоже незаконный владелец, но мог свободно распоряжаться имуществом, так как на законном основании имел право пользования. Но в казахском быту трудно было проводить различие при общей земельной собственности, поэтому предоставлялось право пользоваться землей тому, кто их займет. Как было выше упомянуто о недобросовестном владении, обычное право при засеивании чужой земли не отбирали землю, а лишь выносили штрафные санкции и давали возможность собрать урожай. Исследования подтверждают, что и в обычном праве русских крестьян содержится аналогичный случай недобросовестного владения имуществом. Данные материалы обычного права казахов не раз доказывают о существующих и имеющих однородные правовые понятия и способы их регулирования, ведь они могут иметь одинаковые по своему содержанию гражданско-правовые условия обязательств и их виды, поскольку в целом регулируют схожие по своему содержанию общественные отношения.

Указанные сходства вполне объяснимы, ведь исторический анализ доказывает о необходимости учета опыта не только зарубежных правовых систем, но и традиционного казахского обычного права.

Исходя из исследований, проведенных в данной работе и определений отдельных авторов можно заключить, что не всегда определение «Обязательство» отображает единое мнение и точность значения данного понятия, но с другой стороны обнаруживается подобное сходство.

Данное исследование направлено на определение места и роли института обязательства в системе гражданского права. Проблема данного

определения часто выходит за пределы законодательства и опирается на обычное право. Ведь обычное право, выработанное народом под влиянием тех или других жизненных бытовых условий, включает в себе общепризнанные юридические воззрения народа и осуществляется фактически путем единообразного соблюдения в течение более или менее продолжительного времени. Актуальность исследования обычного права в современный период характерен не только для Казахстана, но и для других стран. Анализ источников гражданского права подтверждают, что современное гражданское законодательство свидетельствует о существовании в правовой системе основы нравственного потенциала. Зачастую составление некоторых договоров возникающих посредством устного соглашения, слово чести партнера по выполнению обязательств, подразумевают о проявлении нравственных начал деловой этики, культуры в обязательственном праве также в договорном праве.

На основании исследования обычного права, опирающегося на достоверные источники в виде архивных материалов, работ признанных авторов можно считать, что институт обязательства, имеет сходство гражданским правом на современном этапе. Следовательно, обязательственное право как отдельный институт права кочевой цивилизации казахов в ряде аспектов имеет тенденцию к возрождению.

Материалы, изложенные в данной главе, свидетельствуют, что обязательственные отношения на современном этапе имеют тесную взаимосвязь с казахским обычным правом.

Казахское обычное право, имеющее глубокие корни, длительное время служило основой для регулирования современных гражданских отношений. Формирование и развитие договорных отношений в казахском обычном праве имеет свою особенность:

- сохранялось на уровне с имперским законодательством;
- имело свою классификацию обязательств;
- институт обязательства у казахов имело и имеет характер договорной ответственности.

Обязательственные отношения в основном опирались на обычное право и нормы шариата. Трансформация обычного права осуществлялась на основе экономических и политических изменений и выполняла их основную функцию.

При развитии правовой мысли в обязательственных отношениях современности характерно:

- наличие обычного права (адат, мусульманское право, римское право);
- институт обязательства, содержащий в себе строго определенные рамки при регулировании имущественных отношений.

Обязательственные отношения имеют подобное сходство с гражданским законодательством современности.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Источники обычного права казахов, материалы по исследованию казахского обычного права, собранные казахскими и русскими учеными, являются уникальными образцами прогрессивной мысли и памятниками демократических, справедливых, гуманных обычаев казахского народа, легли в основу проведенного исследования, в результате которого были сделаны выводы о существовании обычного обязательственного права в традиционном казахском обществе.

Для советского периода было характерно преобладание методов регулирования общественных отношений, базирующихся на социалистических законах планомерного развития народного хозяйства. На современном этапе развития источниками гражданской правовой системы на наш взгляд являются институты зарубежного права, чаще всего российского законодательства. В связи с преобладанием источников мирового права в нашей казахстанской юриспруденции, также правомерности рецепции сущности казахстанского законодательства была признана актуальность исследования возможностей активного внедрения казахского обычного права также обязательственного права, так незаслуженно забытых в последние годы. По результатам действующего законодательства выяснено, что основные положения современного гражданского законодательства восходят к истокам римского права. В соответствии с этим основы римского права и его правовая культура имеет отражение, как в российском, так и в казахстанском законодательстве. На наш взгляд данную правовую систему нельзя рассматривать как автоматическое заимствование норм другой правовой системы. С этой точки зрения она должна преломляться в национальном праве с учетом современных реалий. Поскольку законодательных препятствий для этого нет, необходимо также исследовать уровень правосознания участников регулируемых отношений.

Недостаточное внимание в науке, до последнего времени имеющей евроцентристский характер к содержанию этих источников казахской истории в значительной степени обусловлено тем, что европейские исследователи прошлого зачастую пренебрежительно относились даже к письменным источникам восточных народов. Устные же предания не признавались научными. Российские ученые XIX века В.В.Григорьев, Г.Н.Потанин, В.В.Радлов, Ч.Ч.Валиханов и другие исследователи утверждали противоположное: память народа, выразившаяся в исторических преданиях, легендах, других жанрах устного народного творчества сохранила в поразительной точности события давнопрошедшего времени, следовательно, они являются важным и достоверным научным источником. Поддерживая данную точку зрения, в данной работе нами применен материал как юридических, так и исторических трудов известных ученых.

Исходя из анализа исторических, архивных документов и достоверных источников, следует отметить, что исполнение обязательств, один из

разделов современного права, имеет свои истоки в обычном праве казахов, которое в свою очередь опирается на нормы шариата.

При рассмотрении многочисленных норм обычаев, имеющих обязательное исполнение, связывающих широкий круг сородичей, одноотделенцев, одноаульцев, сделан вывод, что, обычаи, сохранились в качестве бытовых особенностей, своеобразных правил приличия, либо как институт обязательства кунакасы, в особенности, «саун», «жылу» и «журтшылык». Так же, отмеченные обычаи являлись обязательными, сохраняют защитный механизм общества и обеспечивают благополучие.

Необходимо учесть так же, что институт обязательства как обычай на сегодня не утратил своей актуальности не только в бытовой форме, но и в правовой системе.

Обязательства, вытекающих из договора, отдельные понятия обязательств, а именно понятия «саун».

«Саун» - институт наделения скотом бедных крестьянских хозяйств, которые осуществлялись обеспеченными хозяйствами с целью оказания помощи и получения доходов от увеличения добавочной стоимости» /определение автора/.

В.В.Бартольд в своем исследовании отмечает: «Христианин, чтобы исполнить требования своей веры, должен забыть себя ради бога и ближнего; от мусульманина его закон требует, чтобы он среди своих дел не забывал ни бога, ни ближнего, совершал в положенное время молитвенный обряд и отдавал часть своего имущества в пользу бедных» [157, с.218]. Если в этом высказывании слова «среди своих дел» выделить особо, а слово «закон» заменить на слово «шариат», то получится достаточно емкая характеристика последнего. Ведь шариат является не только религиозно-этическим учением, но и определяется особой культурой, цивилизацией. В соответствии с этим «мусульманское право – заметная часть мировой правовой культуры, одна из самостоятельных правовых систем современности».

Таким образом, и шариат и мусульманское право как одно целое наравне с обычным правом регулировали имущественные отношения. К особенности можно отнести то, что шариат позволяет интерпретировать и применять его нормы, изначальные ориентиры и принципы с учетом условий жизни мусульман, их обычаев и интересов, находить такие конкретные решения, которые идут в ногу со временем. Вобрав в себя многовековой опыт поколений, традиций десятков стран, представления миллионов мусульман об идеале и гармонии во взаимоотношениях людей, он стал заметным явлением духовной культуры, отражающим как собственно исламские, так и многие общечеловеческие ценности и достижения. Иначе говоря, шариат может считаться не только достоянием мусульман, но и важной частью мирового наследия в сфере социально - нормативной культуры. В этом проявляется еще одна приметная черта шариата - его гибкость и открытость, готовность сосуществовать с иными традициями, правовыми системами и даже заимствовать их достижения. Дело в том, что шариат крайне разнообразен и в значительной мере противоречив. В его богатом содержании можно обнаружить и такие конкретные предписания,

которые выглядят не соответствующими современным представлениям о правах человека и демократических ценностях, достигнутому мировому уровню правовой культуры. Мусульманское право, как самостоятельный источник обычного права дает следующее понятие договора как «взаимосвязь между двумя или более лицами в отношении какого либо действия на основе обоюдного согласия». Кроме того предмет договора не обязательно должен быть действием, может и быть и бездействием или воздержанием от какого либо действия, что является и основой современного законодательства.

По договору в мусульманском праве представляется, что они подразделяются на «лазим», «джаиз», «мунджаз», «муаалак». Исследуя торговые отношения древнейших времен можно сделать следующие выводы, что характерной особенностью шариата является то, что от тех кто занимается торговыми делами, шариат требует; знать правила торговли; не выделять мусульман среди покупателей; не проявлять суровости в отношении цен на товары; идти на встречу человеку, с которым заключена торговая сделка, в случае если раздумает и попросит аннулировать эту сделку. При рассмотрении различных видов договоров в казахском обычном праве на наш взгляд договор в XV веке оставался одним из способов приобретения прав собственности на имущество и, в частности на землю. В договоре теряют значение ритуальные обряды, происходит замена формализованных действий участие свидетелей при заключении договора и рукоприкладство свидетелей без их личного участия.

Одним из важных вопросов понятия договорной ответственности является ее отграничение от иных категорий гражданского права, также применяющихся в связи с имевшим место нарушением субъективных прав.

Нужно отметить, что очень сложно провести грань, отделяющую ответственность за нарушение договорного обязательства от мер понуждающих нарушителя к надлежащему исполнению обязательства, от мер оперативного воздействия и, наконец, от способов обеспечения исполнения обязательств. Анализируя содержание указанных институтов, казалось бы, можно даже прийти к выводу, что это если не тождественные, то достаточно пересекающиеся понятия. Например, в случае передачи продавцом товара ненадлежащего качества покупатель вправе по своему выбору потребовать от продавца соразмерного уменьшения покупной цены; безвозмездного устранения недостатков товара; если недостатки товара носят существенный характер покупатель вправе отказаться от исполнения договора и потребовать возврата уплаченной за товар денежной суммы либо потребовать замены товара. Для применения гражданско-правовой ответственности необходимо соблюдение следующих условий: противоправность нарушения субъективных гражданских прав, наличие убытков, причинная связь между нарушением субъективных гражданских прав и убытками, вина нарушителя.

Более того, как уже справедливо в юридической литературе отмечается, что в Республике Казахстан, в ходе становления предпринимательства и свободного рыночного хозяйства возникла серьезная проблема, связанная с реализацией важнейшей стадии гражданских правоотношении - исполнением договорных обязательств.

СПИСОК ИСПОЛЬЗОВАННОЙ ЛИТЕРАТУРЫ

- 1 Усеров Н.У. Исследования правового памятника "Жеты - Жаргы": автореф. ... канд.юрид.наук.: - Алма-Ата.-1977.-С. 10.
- 2 Сборник материалов по мусульманству. // Под. ред. поручина В.И. Ярового-Равского. – СПб.- 1889.- Т.1.- 156 с.
- 3 Проблемы казахского обычного права. // Под. ред. Зиманова С.З.- Алма – Ата: Наука, 1989.-144с.
- 4 Гражданское право Республики Казахстан: Учеб. пособие (часть общая) / Институт международного права и международного бизнеса «Данекер»; Отв. ред. Г.И.Тулугалиев. - 2-е изд. - Алматы, 1999.-468с.
- 5 Алимжан К. А. Вопросы теории обычного права. Алматы, 2003.- 320 с.
- 6 Диденко А. Г. Договор в гражданском праве. Проблемы теории и практики // Предприниматель и право. - 2000.- №12.
- 7 Петражицкий Л. И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. Спб.2000.
- 8 Энекцерус Л. Курс германского гражданского права. Полутом 1: Введение и общая часть. – М: Иностранная литература, 1949. – 244с.
- 9 Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. –М: Статут, 1998.- 353 с.
- 10 Маркс К. Капитал. Т.1 – М: Политиздат, 1973.- 907с.
- 11 Энгельс Ф. Происхождение семьи, частной собственности и государства // Маркс К, Энгельс Ф. Избранное произведение в 3 томах, – Т.3 – М: Политиздат, 1985.- 359с.
- 12 Хрестоматия по всеобщей истории государства и права. Т.1. / Под, ред. К.М Батыра и В.Поликарповой.- М: Юрист, 2000.- 392 с.
- 13 Черниловский З.М. Всеобщая история государства и права. / Учебник для вузов. -М. 1983.- 656 с.
- 14 Крашениникова Н.А. История права Востока. Курс лекции. – М. 1994.-168с.
- 15 Всемирная история. Т.1. – М. 1989.- 645с.
- 16 Законы Ману. – М: Наука, - 1992.- 359 с.
- 17 История государства и права зарубежных стран. Часть 1 / Учебник для вузов. 2 - е изд. / Под. ред. Крашениниковой, Н.А, Жидковой О.Н. - М. 2000.- 624 с.
- 18 Скрипилев Е. А. История государства и права Древнего Мира.- М.-1993.
- 19 Хрестоматия по всеобщей истории государства и права. Т.1./ Под. ред. К.А. Жиренчина. / Учебное пособие. – Алматы: КазГЮА, 2001. – 394 с.
- 20 Новицкий И.Б. Римское право. Отв. ред. Е.А.Суханов. - М. -1993.- 245 с.
- 21 Система римского гражданского права. кн.4. Обязательственное право.Издание 2. – СПб, 1899.
- 22 Победоносцев К. Курс гражданского права. Сочинение Е.Победоносцева, почетного члена университета Московского.- Спб,1880.- Ч.III. Договоры и обязательства, - 629 с.
- 23 Римское частное право. Учебник / Под. ред. проф. Новицкого И.Б и проф. И.С Перетерского.- М. 1997.- 365 с.
- 24 Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. - М. 1995.-556с.

- 25 Хрестоматия по истории отечественного государства и права. - М. 1994. - 468 с.
- 26 Маньков А.Г. Уложение 1649г.- кодекс феодального права России / Отв. ред. Сербина К.Н. - Л: Наука,1980.- 271с.
- 27 Маньков А.Г. Законодательство и право России второй половины 17 века.- СПб. 1998.
- 28 Гражданское и торговое право капиталистических государств./ Учебник. 2 - е изд. / Отв. ред. Е.А. Васильев. М. 1992.- 286 с.
- 29 Цвайгерт К, Кенц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. В. 2- томах. - М., 1998.- Т.3.- 390 с.
- 30 Левшин А.И. Описание киргиз-казачьих или киргиз-кайсацких орд и степей. / Под общей ред. Козыбаева М.К.- Алматы: Санат, - 1996.- 656 с.
- 31 Узбекулы С. Право кочевой цивилизации казахов. Алматы: Мектеп, 2002. - 224 с.
- 32 Гродеков Н.И. Киргизы и Кара киргизы Сырдарьинской области. Т.1. Юридический быт.- Ташкент. - 1889.- 205 с.
- 33 Гражданский Кодекс РК. // Общая и Особенная часть. – Алматы: Юрист, 2005. – 329 с.
- 34 Шарль Р. Мусульманское право. М. 1959. – 142 с.
- 35 Материалы по казахскому обычному праву. Алматы , -1998.- Т.1.- 463 с.
- 36 Гражданское право. // Сборник статей. Общая часть./ Учебное пособие. - Алматы. 2003.- 458 с.
- 37 Сюкияйнен А.Р. Мусульманское право. М, 1986.- 145 с.
- 38 Мякутин А.И. Юридический быт киргизов. / Труды Оренбургской ученой архивной комиссии. Вып. 25.- Оренбург, 1911.- 244 с.
- 39 Самоквасов Д.Я. Сборник обычного права сибирских инородцев.- Варшава, 1876.- 432 с.
- 40 Ахметова Н.С. Обычное право казахов и его характерные черты. //Сборник статей. Под. ред. Зиманова С.З.- Алма-Ата: Наука, 1989.-144 с.
- 41 Абайдельдинов А.М. Политико-правовая история. Часть 1.-Алматы, 1999.- 295 с.
- 42 Валиханов Ч.Ч. //Собрание сочинений: В 5-т. Т. 4 – Алма-Ата: Гл. ред. Каз. Сов, энциклопедии, 1985.- 461 с.
- 43 Коран. Перевод. Крачковского И.Ю.- М, 1991.- 400 с.
- 44 Аль-Маджалла. Обязательственное право. - Ташкент. 1911.
- 45 ЦГАРК. Ф.4. оп.1. д.2794.
- 46 Керимов Г.М. Шариат и его социальная сущность. - М, 1978.- 223 с.
- 47 Колмогоров Г. О промышленности и торговле в киргизских степях Сибирского ведомства. Кн.1. // Вестник ИРГО, 1855.- 47 с.
- 48 Пахман С.В. Ученые записки императорского московского Университета: Профессора А.Х.Гольмстена. Вып 12.-М. 1896.- 447с.
- 49 Карандашева А.А. История договорного права Казахстана XV - XX вв: автореф. канд. юрид. наук. - Алматы.- 2004.- 30 с.
- 50 Маковецкий П.Е. Материалы для изучения юридических обычаев киргизов. Вып.1-2. - Омск. 1886.- 82 с.

- 51 Красовский М. Область сибирских киргизов / Материалы для географии и статистики России, собранные офицерами генерального штаба.- СПб. -1868.- Ч.2.- 303 с.
- 52 Якушкин Е.И. Обычное право русских инородцев. / Материалы для библиографии обычного права. Вып.1.- Ярославль.- 1875.- 249с.
- 53 ЦГА РК. Ф.4. д.2798. л.14-47.
- 54 Яблонский Т.О. Обычай и обычное право киргиз. // Записки ИРГО, отд. Этнографии. -1891.- 86 с.
- 55 Алимжан К.А. Обычное право, как форма права: дисс. на соиск. ученой степени к.ю. н: - Алматы.- 1999.- 185 с.
- 56 Зиманов С.З. Общественный строй казахов первой половины XIX в / Изд. АН Каз ССР. - Алма-Ата. - 1958.- 296 с.
- 57 Фукс С.М. Обычное право казахов в XVIII - первая половина XIX в. - Алма-Ата: Наука.- 1981.- 223 с.
- 58 ЦГА РК. Ф.64. оп. 1. д. 2093. л. 52.
- 59 История государства и права советского Казахстана.- Алма-Ата, 1961.-Т.1 146 с.
- 60 Толыбеков С. Вопросы экономики и организации скотоводческого хозяйства казахов в конце 19 - начале 20 веков. // Труды института экономики Академии наук Казахской ССР. Алма-Ата, 1957.- Т.2.- С.79.
- 61 Георги И.Г. Описание всех обитающих в Российском государстве народов их житейских обыкновении одежд, жилищ, упражнений, забав, вероисповеданий и других достопамятностей. Ч. 1-2.- Спб, 1799.- 168 с.
- 62 Леонтьев А.Л. Обычное право казахов.// Юридический вестник. -1889.-Т.5.- 118 с.
- 63 Баллюзек Л.Ф. Народные обычаи имевшие, а отчасти и ныне имеющие в Малой киргизской орде силу закона. // Записки Оренбургского отделения. ИРГО. Вып.2.- Казань, 1871.
- 64 Фукс С.Л. Некоторые моменты истории казахского права и «Описание киргизских обычаев» д'Андре // Изв. АН КазССР. Сер. юридич. - 1948. - Вып.1.- 94 с.
- 65 ЦГИАРК. Ф.400.д.32.с.68.
- 66 Памятная книжка Семипалатинской области на 1901г. Вып.5.- Семипалатинск, 1911.- 155с.
- 67 Из истории казахов.// Сборник сост. С. Ешмухамбетов. Алматы. 1999.-528с.
- 68 Материалы по истории политического строя Казахстана «Временное положение 1868 г. Запрещало вакуфы». Параграф 261.- Т.1.
- 69 Материалы по киргизскому землепользованию собранные и разработанные экспедицией по исследованию степных областей. Семипалатинская область, Павлодарский уезд. Воронеж. 1902.-Т.8.- 137с.
- 70 Материал по истории Казахской ССР. (1785-1828гг.). // Изд. Академии наук СССР. М. 1940.- Т.4.- 543 с.
- 71 Броневский Г.М. Записки о киргиз - кайсаках Средней Орды // Отечественные записки. Спб, 1830.- Т.2.- 178 с.

- 72 Кайдалов Е. Караван-записки во время похода в Бухарию Российского каравана, под воинским прикрытием, в 1824-1825 гг. Ч.2.-М , 1827.- 144 с.
- 73 ЦГИАРК. Ф.4. оп.1. д.2510. л.63.
- 74 Столпянский. П. Очерки из Оренбургской старины. Оренбург, 1902.- 96с.
- 75 Казанцев И. Описание киргиз-кайсак. СПб, 1867.- 24 с.
- 76 Крафт И.И. Судебная часть в Туркестанском крае и в степных областях. Оренбург, 1898.- 214 с.
- 77 Кенжалиев З.Ж. Казахское обычное право в условиях Советской власти (1917 – 1937гг). Алматы: Ғылым, 1993.- 144 с.
- 78 СУ РСФСР . 1918. - №32. – 245 с.
- 79 СУ РСФСР. 1918. - № 13 - 510 с.
- 80 СУ РСФСР. 1918. - №39. – 510с
- 81 ЦГИАРК. Ф.77. оп.1. д.2558
- 82 СУ РСФСР. 1918. - №43. – 525с.
- 83 ЦГИАРК. Ф.8. д.38. л.15.
- 84 Правовой быт туземного населения.// Отчет о ревизии Туркестанского края, произведенной по высочайшему повелению сенатором гофмейстером графом. К.К. Поленом. СПб, 1910.- 106с.
- 85 ЦГИАРК. Ф.695. оп.1. д.288.
- 86 СУ РСФСР. 1919. - № 2 - 22с.
- 87 СУ РСФСР. 1919. - № 10. - 109 с.
- 88 Большевик Казахстана. 1936. - № 1. – 142с.
- 89 Образование Казахской АССР // Сборник документов и материалов. Алма-Ата: АН КазССР.- 1957. - 367с.
- 90 ЦГИА РК. Ф. 1.д.8.
- 91 СУ РСФСР. 1921. - № 93. – 503с.
- 92 Гражданское право. // Под. ред. М.И.Агаркова., Д.М.Генкина. Для юридических институтов. М: Юрисиздат, 1944.- 419с.
- 93 Красный Урал. 18.04.1920.
- 94 СУ РСФСР. 1921.- №3. - С.29.
- 95 Известия ТурЦИКа. Ташкент. 23.06.1920.
- 96 СУ РСФСР. 1919.- №36. - 354с.
- 97 СУ Казахской АССР. 1923.- № 9. – 50 с.
- 98 СУ РСФСР. 1922.- №43. - 525с.
- 99 Съезды Советов РСФСР. М, 1939. - 229с.
- 100 ЦГИА РК. Ф. 30. оп.1 д.53.
- 101 ЦГИА РК. Ф.5. оп.2. д.33.
- 102 СУ РСФСР. 1922.- № 28. – 318 с.
- 103 СУ Казахской АССР. 1923. - № 10. – 60с.
- 104 СУ РСФСР. 1922.- № 29. – 445с.
- 105 Советская степь. 7.01.1927.
- 106 ЦГИА РК. Ф.301. оп.2. д.150.
- 107 Народное хозяйство Казахстана. 1929, № 1-2.
- 108 СЗ СССР. 1927.- № 49. - 499с.
- 109 СЗ СССР. 1930. - № 8. - 98с.

- 110 СЗ СССР. 1931.-№ 18. – 166с.
- 111 СЗ СССР. 1931.- №46. – 316с.
- 112 СУ Казахской АССР. 1932.- № 4.- 26с.
- 113 Басин Ю.Г. Проблемы обязательственного права. «Планово-договорные обязательства и Закон о государственном предприятии». / Межвузовский сборник научных трудов. Свердловск. -1989.-150с.
- 114 СП СССР.- №12 Постановления Совета Министров ССР от 30июня. - 1962., №648.- 94с.
- 115 СП СССР. № 19 Постановление ЦК КПСС и Совета Министров СССР от 4 октября. – 1965, № 729.- 153с.
- 116 Гавзе Ф.И. Обязательственное право (общие положения).- Минск: Издательство БГУ им. В.И.Ленина. - 1968.-125с.
- 117 Лукашева Е.А. Социалистическое правосознание и законность.- М: Юридическая литература, 1973.- 344с.
- 118 Демский Д. Нравственность и право с точки зрения исторического материализма. Научно- общедоступный очерк.- Семфинополь: Пролетариат, 1925.- 92с.
- 119 Сельзам Г. Марксизм и мораль.- М.- 1962.- 104с.
- 120 Карандашева А.А. Формирование современного договорного права Казахстана // Правовая реформа в Казахстане.-2002. №2.- С.25.
- 121 Ахметова Н.С. Обычное право казахов.- Караганда, 1987.
- 122 Ковалевский М. Родовой быт в настоящем, недавнем и отдаленном прошлом. Опыт в области сравнительной этнографии и истории права. Вып. 1-2.- Спб: Бронгауз-Ефрон, 1905.- 312с.
- 123 Сюкияйнен Л.Р. Шариат и мусульманско- правовая культура. Отв. ред. академик Б.Н.Топорин. М.- 1997.- 46с.
- 124 Аюпова З. К вопросу о казахских адатах в XVII – XIX вв. // Вестник Верховного Суда РК .-1995, №1.- С.76.
- 125 Римское частное право. Учебник. Перетерский И.С. Краснокутский В.А, Новицкий И.Б, и др. / Под. ред. И.Б. Новицкого, И.С.Перетерского. М: Юриспруденция, 1999.- 512с.
- 126 Гражданский кодекс Каз ССР. Официальный текст с изменениями и дополнениями по состоянию законодательства на 1 января 1988г. Алма-Ата: Казахстан, 1989.- 256с.
- 127 Сакен Узбекулы. Хан Тауке и правовой памятник «Жети Жаргы». Алматы: Оркениет, 1998.- 87с.
- 128 Кузнецов Я. Обязательственное право в пословицах и поговорках русского народа. – Спб: Сенатская типография, 1903.- 62с.
- 129 Гусаков А. Деликты и договоры как источники обязательств в системе гражданского права Древнего Рима.- М: Университетская типография, 1896.- 234с.
- 130 Фарнсфорт Е.А, Мозолин Е.А. Договорное право в США и ССР история и общие концепции.- М: Наука, 1988.- 312с.
- 131 Дигесты Юстиниана. Избранные фрагменты. Перевод с латинского И.С.Перетерского. Отв. ред. Е.А.Скрипилев. АН СССР. Институт государства и права.- М: Наука, 1996.- 456с.

- 132 Нұралы Өсерұлы. Қазақтың үкім- кесімдері.- Алматы: Ана тілі, 1994.-104б.
- 133 Нұралы Өсерұлы. Мұсылмандық қағидалары.- Алматы: Өнер, 1994.-128б.
- 134 Басин Ю.Г. Сделки. Учебное пособие.- М, 1989.
- 135 Май С.К. Очерк общей части обязательственного права буржуазных стран.- М: Внешторгиздат, 1950.- 220с.
- 136 Иоффе О.С. Ответственность по советскому гражданскому праву.- Л: Издательство Ленинградского Университета, 1955.- 311с.
- 137 Басин Ю Г. Защита гражданских прав и ответственность за их нарушение. // Материалы международной научно-практической конференции. – Алматы: КазГЮА, 2000.- 212с.
- 138 Смагулова А. Особенности заключения соглашений, выполнения обязательств в гражданских правоотношениях в Казахстане XVII – XIX вв. //Фемида.- №9, 2005.- С33.
- 139 Басин Ю.Г. Общие положения нового Гражданского Кодекса РК // Актуальные вопросы коммерческого законодательства в РК и практика его применения. Материалы семинаров. Т.1. -Алматы,1996.
- 140 Илларионов Н.С.Обычное право.- Харьков, 1893.-123с.
- 141 Владимирский-Буданов М.Ф. Обзор истории русского права.-Изд.6 Санкт-Петербург, Киев: Изд. Книгопродавца. Н.Я.Оглоблина, 1990.- 699с.
- 142 Лякуб П. Следует ли оставить за волостными судами право наказывать телесно? // Журнал гражданского и уголовного права.-1883.-Кн.1.-156с.
- 143 Пахман С.В. О значении личности в области гражданского права.// Журнал гражданского и уголовного права.-1883.Кн.1.- С.27.
- 144 Басин Ю.Г. Ответственность за нарушение обязательств. / Гражданское право. Сборник статей. Общ. часть. Учебное пособие. – Алматы, 2003.- 458с.
- 145 Самонд и Вильямс. Основы договорного права. Перевод с англ. С.А.Андрианова и В.В.Зайцевой. / Под. ред. и с вступительной статьей д.ю.н. проф. Е.А.Флейшиц.- М: Изд. иностр. литер, 1955.- 704с.
- 146 Ансон В.Р. Договорное право. Перевод с англ./ Под. общ. ред. и с предисловием О.Н.Садикова.- М: Юридическая литература, 1984.- 463с.
- 147 Бернгейт Ф. Гражданское уложение Германской империи в процессе его образования. – Спб: Сенатская типография,1910.-407с.
- 148 Гражданское и торговое право капиталистических государств. / Под ред. Е.А.Васильева.- Москва, 1993.- 250с.
- 149 Өсерұлы Н. Қазақтың әдет-ғұрпына шариаттың әсерін зерттеу. ЗҒДДА. Алматы, 1997.- 33б.
- 150 Обычное право крестьян Харьковской губерний. / Под ред. Иванова. В.В. Вып-2.- Харьков, 1898.
- 151 Алексеев С. Философия права.- М: Издательство Норма, 1998.-336с.
- 152 Мейер Д.И. Русское гражданское право./ Чтение Д.И. Мейера. изд.по запискам слушателей. / Под. ред. А.И.Вицина. Изд.9, с испр и доп.- Спб: Тип. М.Меркушева, 1910.- 651с.
- 153 Нам К. Сущность гарантийных обязательств в договоре купли-продажи. //Хозяйство и право.- М, 1997.- №8.- С.160.

- 154 Баймаханов М.Т, Вайсберг Л.М, Бейсенова А.У. Взаимодействие правового сознания с моралью и нравственностью в обществе переходного периода.- Алматы: Жеты –Жаргы, 1995.- 240с.
- 155 Смирнов В.Т. Собчак А.А. Общее учение о деликтных обязательствах в советском гражданском праве. / Учебное пособие.- Л: Издательство ЛГУ, 1983.- 152с.
- 156 Слоховотов Л.А. Народный суд обычного права киргизов Малой орды. / Труды Оренбургской ученой комиссии.-Оренбург,1905. Вып.XV.
- 157 Бартольд В.В. Мусульманский мир. // Академик В.В. Бартольд. Соч. Т.6. Работы по истории ислама и арабского халифата. – М, 1966.- С.218.

ОБОЗНАЧЕНИЯ И СОКРАЩЕНИЯ

- АССР - Автономная советская социалистическая Республика
Арт - Артхашастра
ВСНК - Всесоюзный Совет народных Комиссариатов
ВЦИК - Всесоюзный центральный исполнительный комитет
ГК - Гражданский Кодекс
ЗМ - Законы Ману
ЗХ - Законы Хаммурапии
НЭП - Новая экономическая политика
РК - Республика Казахстан
РСФСР - Российская Советская Федеративная Социалистическая Республика
САЗ - Среднеассирийские законы
СССР - Союз Советских Социалистических Республик
СНК - Совет народных комиссариатов
ЦК КПСС - Центральный Комитет Компартии Советского Союза
ЦИК - Центральный исполнительный комитет

СОДЕРЖАНИЕ

ВВЕДЕНИЕ	3
1 ДОГОВОР И ЕГО ИСТОРИЧЕСКАЯ ЭВОЛЮЦИЯ В ИСТОРИИ ПРАВОВОЙ МЫСЛИ	9
1.1 Становление в древневосточных государствах договорных отношений.....	9
1.2 История развития обязательственного права в европейских странах.....	20
1.3 Особенность обязательственных отношений в обычном и в мусульманском праве.....	35
1.4 Отдельные институты обязательства в обычном праве казахов	57
2 ТРАДИЦИОННОЕ ОБЫЧНОЕ ПРАВО КАЗАХОВ ОБ ОБЯЗАТЕЛЬСТВЕ И ЕГО СОВРЕМЕННОЕ ЗНАЧЕНИЕ	68
2.1 Эволюция и особенность договорных отношений казахов.....	68
2.2 Понятие договорной ответственности на современном этапе.....	91
2.3 Место и роль обязательства в гражданском праве	111
ЗАКЛЮЧЕНИЕ	126
СПИСОК ИСПОЛЬЗОВАННОЙ ЛИТЕРАТУРЫ	129
ОБОЗНАЧЕНИЯ И СОКРАЩЕНИЯ	136
ПРИЛОЖЕНИЯ	138

Формат 60x84 1\12
Объем 143 стр., 11,6 печатных листа
Тираж 20 экз.
Отпечатано
В Редакционно- издательском отделе
КГУТиИ им.Ш.Есенова
г.Актау, 32мкр.