Султонова Тахмина Истамовна. Теоретические проблемы алеаторных договоров в гражданском праве Таджикистана: диссертация ... доктора юридических наук: 12.00.03 / Султонова Тахмина Истамовна;[Место защиты: Таджикский национальный университет - www.tnu.tj].- Душанбе, 2014.- 391 с.

**Содержание к диссертации**

Введение

**Глава 1. Алеаторные договоры в системе гражданско- правовых договоров 20**

1. Дискуссионные подходы к проблеме алеаторных договоров в гражданском праве 20-27

2.Понятие риска в гражданском праве. 28-51

3. Категория случая в гражданском праве 51-63

4. Соотношение рисковых и алеаторных договоров . 63-77

**Глава 2. Юридическая природа алеаторных договоров 78**

1. Эволюция института алеаторных договоров 78-92

2.Алеаторный договор как самостоятельный институт системы договорного права 92-105

3. Регулятивная роль случая в алеаторных договорах 105-115

**Глава 3. Классификации алеаторных договоров 116**

1. Возмездные и безвозмездные алеаторные договоры 116-131

2.Исковые и неисковые алеаторные договоры. 131-148

**Глава 4. Феномен азартных игр в гражданском праве 149**

1. Социальная обусловленность правового регулирования азартных игр 149-161

2.Правовое регулирование азартных игр в Республике Таджикистан: история вопроса и современное состояние 161-194

3. Понятие, признаки азартных игр и их отграничение от смежных конструкций . 194-233

4. Классификации азартных игр 234-253

5. Азартная игра и игровой договор: грани соотношения понятий 253-274

**Глава 5. Алеаторная природа договора страхования. 275**

1. Соотношение договора страхования со страховой деятельностью 275-285

2. Отличия договора страхования от условных сделок . 285-292

3. Понятие и признаки страхового случая 292-310

**Глава 6. Правовые аспекты договора пожизненного содержания с иждивением 311**

1. Причины неразвитости рентных правоотношений в гражданском обороте Республики Таджикистан 311-320

2. Общая характеристика договора пожизненного содержания с иждивением как алеаторной конструкции 320-332

3. Влияние момента алеаторности в договоре пожизненного содержания с иждивением 332-340

Заключение 341-356

Список использованных источников 357-386

Приложение 387-391

**Введение к работе**

**Актуальность темы исследования**. Договорные взаимоотношения в своей основе имеют конкретные потребности, интересы и цели, что, в свою очередь, задат тон будущим взаимоотношениям в части характера, объма и соотношения взаимных обязательств участников. Однако не всякая модель договора позволяет в момент согласования воль чтко обозначить динамику развития правоотношений сторон и, в конечном итоге, экономические и правовые последствия сделки. Отдельные договорные конструкции смоделированы таким образом, что исполнение обязательств поставлено в зависимость от случайного события, наступление которого призвано внести ясность относительно характера взаимоотношений сторон и конечного результата сделки.

Такие договорные конструкции в науке гражданского права получили название алеторных договоров, к числу которых традиционно относят азартные игры, договор страхования, пожизненное содержание с иждивением, срочные биржевые сделки. Альтернативность экономического поведения участников гражданского оборота благоприятствует появлению новых видов договоров из комбинирования различных юридических элементов, и сегодня характеристиками алеаторных договоров обладают также внесение имущества в уставный капитал хозяйственного общества, договор суррогатного материнства, цессия виндикационного притязания и многие другие договорные конструкции.

Современные реалии показывают востребованность алеаторных моделей договоров в гражданском обороте. Однако нельзя сказать, что они нашли должное урегулирование в действующем законодательстве Республики Таджикистан. Взять, к примеру, азартные игры. Современный уровень развития гражданского оборота уже давно рассматривает индустрию азартных игр частью экономики и использует этот новый, но быстро развивающийся гражданско-правовой институт для экономически значимых целей. Однако его недостаточная завершнность в Гражданском кодексе Республики Таджикистан вынуждает участников гражданского оборота полагаться на механизмы саморегулирования общественных отношений, возникающих в сфере организации и проведения азартных игр.

Что касается договора страхования, его роль стремительно возрастает и охватывает вс большие сферы жизнедеятельности общества. Эффективное функционирование данного института зависит от наличия должной правовой регламентации страховых правоотношений, которая в настоящее время не отвечает в полной мере потребностям социального государства.

Интенсивное развитие финансового рынка требует адекватную этому развитию правовую регламентацию финансовых инструментов фондового рынка, в частности, срочных биржевых сделок с ценными бумагами. На это обращается внимание и в Стратегии развития рынка ценных бумаг в

Республике Таджикистан, утвержднной Постановлением Правительства Республики Таджикистан от 1 апреля 2008 года за №169.

Наличие пробелов правовой регламентации отдельных видов

алеаторных договоров, а иногда и присутствие явных противоречий законодательства требуют адекватного теоретического осмысления и разработки соответствующих предложений по совершенствованию их законодательного закрепления. В связи с этим заявленная тема диссертационного исследования представляет определнную актуальность с точки зрения социально-экономического аспекта.

Понятие «алеаторный договор» является исключительно доктринальной категорией, не нашедшей хоть какого-либо законодательного закрепления. В связи с этим вопрос о возможности формулирования общих положений об алеаторных договорах законодательно даже не ставится. Однако развитие и расширение сфер применения ранее известных конструкций алеаторных договоров и появление их новых модификаций позволяют заявить об алеаторных договорах как о самостоятельной классификационной группе договоров с присущими только ей правовыми признаками. Такое положение требует глубокого научного осмысления конструкции алеаторных договоров в целях выявления их специфики как договорного института и формирования специального правового режима.

Традиционное признание алеаторных договоров в качестве рисковых договоров обусловило построение исследовательской мысли вокруг категории риска. Общепризнано, что основу алеаторных договоров составляет риск, принимаемый на себя каждой из сторон соглашения, выражаемый в допустимости того, что каждый контрагент может получить встречное удовлетворение меньшего объма, чем им самим представленное. На наш взгляд, такое понимание алеаторных договоров не нест должной специфической правовой нагрузки, поскольку, во-первых, не позволяет определить регулятивные признаки алеаторных договоров, обеспечивающие цельное, обособленное регулирование данного участка общественных отношений, во-вторых, стирает грань между алеаторными конструкциями и рядом других договоров, характеризующихся рисковой природой (например, предпринимательскими договорами). То многообразие правил распределения риска, предусмотренное гражданским законодательством и позволяющее рационально урегулировать большинство рисковых ситуаций, может быть применимо к различным видам обязательств независимо от принадлежности договорных обязательств к алеаторным конструкциям. В этой связи представляется необходимым построение целостной концепции алеаторных договоров, не сводящейся к отождествлению их с рисковыми договорами.

Несмотря на значимость случайного события для юридического понимания алеаторных договоров, построение теоретических представлений их феномена проводилось за рамками исследования категории случая. В качестве же основополагающего критерия алеаторных правоотношений

случай вовсе не рассматривался. Вместе с тем, ключевое значение случая в алеаторных договорах для нас видится очевидным, потому как именно случайное событие призвано определить правовые последствия сделки и е экономический результат. Наличие порока случая в алеаторном договоре, например, в виде воздействия на его результат каких-либо посторонних сознательных сил, приведт к признанию договора недействительным. Ввиду этого исследование алеаторных договоров вне категории случая делает неполными теоретические представления об их юридической природе.

В настоящей работе предпринята попытка проанализировать алеаторные правоотношения не с точки зрения их рискового характера, который, на наш взгляд, является второстепенным для их самобытности, а через призму их случайной природы. Исследование института алеаторных договоров в таком ракурсе заключает в себе сильный потенциал познания их феномена.

Актуальность такого исследовательского подхода к проблеме алеаторных договоров, определяет тот факт, что гражданское право, объективно имея конструкцию случая в свом понятийном обороте, довольно узко определяет его юридическое предназначение и место в системе права. Преимущественно правовое понимание случая как гражданско-правового явления сводится к противопоставлению его вине и отнесению к одному из оснований освобождения от ответственности. Однако институт алеаторных договоров является ярким подтверждением того, что категория случая отражает разные стороны правовой действительности и имеет куда бльшее правовое значение и применение, нежели сфера гражданско-правовой ответственности.

**Степень теоретической разработанности темы исследования.**

Основателями учения об алеаторных договорах считаются французские правоведы Р. Саватье, Е. Годеме, которые ввели в научный оборот термин «алеаторный договор». Это учение затем получило развитие в трудах Г. Дернбурга, В.Р. Идельсона и др.

В российском дореволюционном праве названной проблематике уделяли внимание К.П. Победоносцев, И.А. Покровский, К.Н. Анненков, Д.Д. Гримм, Д.И. Мейер.

Исследования юридической природы алеаторых договоров проводились В.А. Запорощенко, И.В. Мироновым, Е.И. Спектор, Е.В. Шуплецовой, Н.Б. Щербаковым. Основное внимание в работах указанных учных было уделено объяснению сущности алеаторных конструкций через призму их рискового характера.

Изучению проблем отдельных видов алеаторных договоров уделено внимание в трудах таких учных-цивилистов, как В.А. Белов, В.П. Крюков, А.В. Матин, И.Н. Романова, В.И. Серебровский, Л.Б. Ситдикова, А.Г. Федотов, Ю.Б. Фогельсон, А.И. Худяков, В.В. Шахов, А. Эрделевский. Проблемы, поднятые этими учными, изложенные ими теоретические

положения учтены диссертантом при проведении диссертационного исследования.

**Цель и задачи исследования.** Целью диссертационного исследования является разработка и обоснование теоретической концепции алеаторных договоров на основе комплексного анализа достижений правовой науки, а также выработка предложений по совершенствованию традиционных научных подходов к объяснению правовой природы алеаторных договоров и реформированию законодательства, регулирующего алеаторные отношения.

Для достижения данной цели были поставлены следующие **задачи**:

- провести анализ основных позиций по проблеме алеаторных договоров  
в гражданском праве;

- исследовать сущность риска как гражданско-правового явления,  
сформулировать понятие риска, раскрыть его основные признаки;

- исследовать категорию случая в гражданском праве и выявить его  
значение в алеаторных договорах, место и роль в регулировании алеаторных  
правоотношений;

- выявить соотношение алеаторных и рисковых договоров;

- определить понятие и квалифицирующие признаки алеаторных  
договоров;

- проследить историю развития института алеаторных договоров на  
территории современного Таджикистана;

- исследовать классификации алеаторных договоров;

- определить юридическую природу договора игр и пари, выявить его  
признаки, проследить тенденции правового регулирования азартных игр в  
таджикском законодательстве и праве, рассмотреть соотношение договора  
игры со смежными конструкциями;

- исследовать алеаторную природу договора страхования;

- определить специфику договора пожизненного содержания с  
иждивением как алеаторной конструкции;

- сформулировать на базе разработанных концептуальных положений  
алеаторных договоров предложения по совершенствованию нормативно-  
правовой регламентации алеаторных отношений.

**Объектом исследования** являются алеаторные договоры в системе договорного права, а также возникающие в их сфере общественные отношения, регламентированные нормами гражданского права.

**Предмет исследования –** нормы таджикского законодательства, регулирующие алеаторные правоотношения, концептуальные положения общей теории права, философии и иных сфер науки, раскрывающие особенности и свойства случайных явлений, положения науки гражданского права, касающиеся правовой природы алеаторных договоров.

**Методология и методика диссертационного исследования.** Анализ проблематики диссертационного исследования проводился на основе общенаучных и специальных методов – диалектического, системного анализа

и синтеза, логического, исторического, сравнительно-правового, формально-  
юридического. Использованная методика исследования позволила  
определить место алеаторных договоров в системе договорного права,  
выявить их квалифицирующие признаки, проанализировать отдельные виды  
алеаторных договоров.

**Нормативную** **основу** **исследования** составили Конституция

Республики Таджикистан, Гражданский кодекс Республики Таджикистан, другие законы, Указы Президента Республики Таджикистан, Постановления Правительства Республики Таджикистан.

Кроме того, нормативную базу диссертационного исследования  
составило национальное гражданское законодательство отдельных

государств в части регулирования алеаторных отношений.

**Эмпирической базой исследования** послужили материалы судебной практики экономических судов и судов общей юрисдикции, статистические данные Министерства юстиции Республики Таджикистан, социологические опросы, полученные в результате анкетирования 700 граждан, архивные данные.

**Теоретической основой исследования** стали разработки по общей теории права, теории гражданского права дореволюционного, советского и современного периода.

К настоящему времени накоплен обширный теоретический материал, затрагивающий философские и правовые вопросы договорных отношений, которые нашли отражение в трудах дореволюционных учных: К.Н. Анненкова, Ю.С. Гамбарова, Д.Д. Гримма, Д.И. Мейера, К.П. Победносцева, И.А. Покровского, А.А. Симолина, В.И. Синайского, Г.Ф. Шершеневича.

Концептуальной основой формирования теоретических положений и выводов диссертационного исследования послужили научные труды представителей советской и современной науки: С.С. Алексеева, М.И. Брагинского, С.Н. Братуся, В.П. Грибанова, О.С. Иоффе, О.А. Красавчикова, Л.А. Лунца, Н.С. Малеина, Г.К. Матвеева, Ш.М. Менглиева, В.А. Ойгензихта, Э.Э. Пирвица, М.З. Рахимова, М.К. Сулейменова, Е.А. Суханова, В.М. Яковлева.

Кроме того, диссертант опирался на труды учных, исследовавших  
историю договорных правоотношений на территории Республики

Таджикистан: И.Б. Буриева, И. Сафарова, Ф.Т. Тахирова, Н. Торнау, А.Г. Халикова и др.

**Научная новизна работы** состоит в том, что диссертация является первым исследованием в Республике Таджикистан, посвящнным проблеме правовой природы алеаторных договоров. В диссертации опровергнуто традиционное понимание алеаторных конструкций как рисковых договоров и разработана целостная теоретическая концепция алеаторных договоров как случайных договоров.

Новизну диссертационного исследования составляют предложения по совершенствованию и оптимизации гражданско-правового регулирования алеаторных договоров.

В рамках концепции сделаны выводы о месте алеаторных договоров в системе договорного права, выявлены их основополагающие признаки, проанализированы отдельные виды алеаторных договоров.

Выводы и предложения, изложенные в работе, будут способствовать  
дальнейшему совершенствованию гражданского законодательства,

регламентирующего алеаторные отношения.

Теоретические выводы и рекомендации, позволяющие по-новому взглянуть на правовую природу алеаторных договоров, отражены в положениях, выносимых диссертантом на защиту.

**Основные положения, выносимые на защиту:**

1. Несостоятельность субъективной концепции правового случая (казуса) обосновывается следующими доводами:

не случай выражает собой психическое отношение лица, при котором оно не осознавало и не могло осознавать последствий своего действия или бездействия, а при наступлении случая сознание лица порождает определнное отношение к случившемуся, характеризующееся отсутствием понимания свойств совершаемых действий и желания наступления их последствий. В связи с этим основанием освобождения от ответственности лица, причинившего вред случайным деянием, является не существование случая самого по себе, а факт отсутствия у лица воли, намерения и желания причинить вред, то есть отсутствие вины;

попытки дать определение случая через противопоставление его вине не сообразуются с отдельными нормами гражданского права, по смыслу которых случайность не устраняет ответственность, а, напротив, обуславливает е появление (случайное причинение вреда источником повышенной опасности, случайная недостача или ухудшение неосновательно приобретенного или сбереженного имущества). Рассмотрение случая в качестве одного из оснований привлечения лица к имущественному возмещению при отсутствии его вины, тем самым, не согласуется с субъективным пониманием случая (казуса);

субъективная концепция случая существенно сужает место случая в системе гражданского права. Е применимость ограничивается лишь вопросами гражданско-правовой ответственности, за пределами которой идея субъективного понимания случая в смысле противопоставления его вине становится непригодной, поскольку случай помимо того, что относится к одному из оснований освобождения от ответственности, как гражданско-правовое явление, имеет более широкое использование. Одной из областей гражданского права, где категория случая проявляет сво правовое значение, являются алеаторные договоры.

2. В вопросах ответственности ссылка на случай указывает на то, что он  
является лишь одним из проявлений отрицания вины, но не сводится  
собственно к самому понятию невиновности. Тот факт, что случай является  
основанием освобождения от ответственности, не переводит данную  
категорию в разряд противоположных вине явлений, поскольку праву  
известен ряд иного безвиновного поведения, помимо случайного,  
характеризующегося невольным и ненамеренным отношением к действиям и  
их последствиям и обуславливающего освобождение от ответственности  
(собственная вина потерпевшего, принуждение и др.).Таким образом,  
выражение «без вины» имеет более широкий смысл, нежели слово  
«случайно», и охватывает собой помимо случайных процессов также другие  
основания невменения.

3. В качестве основополагающего квалифицирующего признака  
алеаторных договоров, позволяющего выделять их в самостоятельный  
институт договорного права, выступает не риск, а категория случая. Случаю  
в алеаторных договорах свойственны черты регулятора взаимоотношений  
сторон, проявляющиеся в воздействующем его предназначении на правовые  
последствия сделки и е экономический результат: воля сторон изначально  
направлена на то, чтобы исход соглашения определил случай. Регулятивное  
свойство случая в алеаторных договорах выступает основной их  
качественной характеристикой, позволяющей отличать их от иных моделей  
договоров. Без воздействующего предназначения случая в алеаторных  
договорах на результат соглашения взаимоотношения сторон теряют  
юридическую силу договора и приобретают черты юридической фикции, не  
имеющей для участников никакого экономического значения.

4. Условием действительности алеаторного договора является  
случайный характер наступления обусловленного соглашением события.  
Утрата событием, призванным определить правовые последствия  
алеаторного договора, своих случайных и вероятностных свойств, то есть  
наличие порока случая, характеризующегося воздействием на результат  
договора каких-либо посторонних сознательных сил, приводит к  
недействительности сделки.

5. Присутствие общих механизмов правового регулирования алеаторных  
договоров требует, по нашему мнению, включения в Гражданский кодекс  
Республики Таджикистан нижеследующих общих положений, что позволит  
обеспечить необходимой минимальной регламентацией новые модели  
алеаторных конструкций, появляющиеся в современном гражданском  
обороте, но не предусмотренные Гражданским кодексом Республики  
Таджикистан (срочные биржевые сделки, договор суррогатного материнства  
и др.):

1. Алеаторный договор – соглашение, в момент заключения которого объм взаимных исполнений сторон, а иногда распределение прав и обязанностей сторон остаются неизвестными, поскольку ставятся в

зависимость от случайного события, наступление или ненаступление которого призвано определить правовые последствия сделки.

1. К алеаторным договорам относятся: договор страхования, договор пожизненной ренты, азартные игры, пари и другие договоры, конечный результат которых поставлен сторонами в зависимость от случайного события.
2. Утрата событием, призванным определить в алеаторном договоре правовые последствия соглашения, свойств случайности и вероятности влечт его недействительность.
3. Рисковые и алеаторные договоры соотносятся как родовое и видовое понятия: любой алеторный договор является составной частью системы рисковых договоров, но не всякий рисковый договор представляет собой алеаторную договорную конструкцию.
4. Отсутствие исковой защиты игр и пари не является основанием для непризнания их юридическими обязательствами. Исковая санкция не сводится к единственному средству принудительного удовлетворения права требования кредитора. В том случае, когда обязательство не защищено исковой защитой или другими мерами государственного принуждения, добровольное исполнение обязательства поддерживается иными санкциями социального характера, опирающимися на обычаи, нравы, мораль, религию определенного общества или отдельной социальной группы, которые в конечном итоге укрепляют начала диспозитивности института исполнения обязательства.

8. Из всех правовых систем, существовавших на территории  
исторического Таджикистана, в большей степени мусульманское  
гражданское право обеспечивало их гражданско-правовую регламентацию.  
Именно мусульманское право, несмотря на известное неприемлемое  
отношение к азартным играм, вложило в отношения, возникающие по поводу  
закладов на скачках и стрельбе из лука, силу договора, чтко определив  
стороны таких договорных конструкций, их существенные условия и  
основания признания их недействительными. Ни гражданское право царской  
России, ни советское гражданское право, ни даже современное гражданское  
право Таджикистана не могут конкурировать с мусульманским гражданским  
правом в столь детальном регламентировании договорных отношений,  
складывающихся по поводу азартных игр.

9. Непосредственно сама азартная игра не сводится к игровому  
договору, по поводу не возникающему, а существует параллельно с  
договорными отношениями. Значение азартной игры для взаимоотношений  
участников игрового договора сводится к тому, что е результат является  
определяющим фактором в решении вопроса распределения прав и  
обязанностей сторон договора. Сама игра не входит в область отношений,  
регулируемых нормами договорного права, но, тем не менее, имеет  
основополагающее значение для договорных отношений сторон и является

существенным условием игрового договора, без которого соглашение о выигрыше и проигрыше теряет юридическую силу для его участников и влечт свою недействительность.

10. Возможность участников влиять на наступление условий выигрыша  
и проигрыша не может рассматриваться в качестве основания разграничения  
азартных игр и пари. Результат события, по поводу которого разыгрывается  
пари, не сводится к собственно самому результату пари. Значение результата  
события, по поводу которого заключается пари, для самого пари имеет лишь  
постольку, поскольку оно призвано определить выигравшую и проигравшую  
сторону в споре. Результат пари (выигрыш, проигрыш, а в некоторых случаях  
возврат ставки) в отличие от результата соревнования представляет собой  
один из свершившихся вариантов прогноза окончания события, на который  
делалась ставка, определяющийся исходом данного события. Именно в  
отношении результата пари, а не результата соревнования, по поводу  
которого заключалось пари, усматривается определенное воздействие на него  
со стороны его участников. Воздействие это проявляется в выборе модели  
поведения, когда игроками прогнозируется наступление случайных  
выигрышных обстоятельств на основе знаний о предмете спора и  
принимается решение в виде совершения ставки в ситуации  
непредсказуемости, с учтом нескольких альтернатив.

11. Несовершенство законодательной регламентации азартных игр в  
Республике Таджикистан заключается в том, что положения действующих  
законодательных норм не позволяют однозначным образом произвести  
вычленение из всего массива азартных игр те из них, которые дозволительны  
законом, и те, в отношении которых установлен прямой запрет на их  
организацию и участие в них. Однозначно построенная классификация  
азартных игр по признаку их легитимности имеет первостепенное значение  
для гражданского права, поскольку закладывает основу для всех  
последующих классификационных построений азартных игр. Все иные  
классификации азартных игр, имеющие гражданско-правовое значение,  
строятся только лишь в отношении дозволенных азартных игр.

1. Необходимо усилить регламентацию отношений, возникающих по поводу азартных игр, во-первых, посредством принятия специального закона, регулирующего игорную деятельность, во-вторых, посредством детального регулирования в Гражданском кодексе Республики Таджикистан договорных отношений, складывающихся по поводу игр и пари.
2. Объединение взносов страхователей характеризует непосредственно страховую деятельность, выступая е экономической основой, а не договорные конструкции, используемые страховщиком в процессе осуществления страховой деятельности. Заключаемые договоры с отдельными страхователями выступают лишь юридическим инструментом для привлечения денежных средств с целью их мобилизации,

аккумулирования, дальнейшего распределения и использования в страховой деятельности.

14. В силу субъективной природы риска, страховой риск, как его  
видовая принадлежность, представляет собой допустимость  
неблагоприятных экономических последствий, обусловленных  
возможностью наступления события, обозначенного в договоре в качестве  
страхового случая. Использование категории риска в договоре страхования и  
иных алеаторных конструкциях продиктовано экономическими  
потребностями, выражающимися в распределении неблагоприятных  
последствий договора.

15. Понимание страхового случая как реализованного страхового риска  
является необоснованным. Существование страхового случая в силу его  
вероятностных и случайных свойств как категории, которая может быть или  
может не быть, а может быть и иначе, допустимо в любом временном  
промежутке – как в будущем, так и в настоящем и в прошлом. Если  
страховым случаем признавать только совершившееся событие, то такое  
умозаключение позволяет предполагать о возможности существования  
страхования без страхового случая, поскольку страховой случай может и не  
наступить в период действия договора и остаться всего лишь  
предполагаемым событием, (то есть страховым риском, если  
руководствоваться его законодательным определением). Но такое  
предположение будет противоречить как общегражданским нормам, которые  
относят страховой случай к числу существенных условий договора  
страхования (ст. 1028 ГК РТ), так и самой природной сути договора  
страхования, для которого страховой случай является сердцевиной всей его  
конструкции.

**Теоретическая и практическая значимость** работы состоят в том, что  
концепция алеаторных договоров как случайных договоров расширяет  
представление о них как о самостоятельном институте договорного права.  
Разработанные теоретические положения и полученные выводы значимы для  
пересмотра существующих в современной юридической науке

представлений о правовой природе алеаторных договоров и могут быть использованы для последующей разработки научных и прикладных проблем алеаторных правоотношений.

Полученные результаты исследования могут быть использованы в целях совершенствования гражданского законодательства, а также представлять интерес для правоприменительной практики.

Материалы диссертационной работы могут быть полезны при подготовке учебных пособий и учебно-методической литературы по гражданскому, предпринимательскому праву и дисциплинам специализации (обязательственному праву, страховому праву и др.), изучаемым в юридических вузах.

**Апробация** **и** **внедрение** **результатов** **диссертационного**

**исследования.** Диссертация была обсуждена и рекомендована к защите на  
кафедре предпринимательского права юридического факультета Российско-  
Таджикского (славянского) университета. Положения, выводы и  
рекомендации, разработанные и сформулированные при проведении  
научного исследования, опубликованы в двух монографиях и научных  
статьях общим объмом 35,9 п.л.

Основные результаты проведнного изыскания внедрены в учебный  
процесс юридического факультета Российско-Таджикского (славянского)  
университета при преподавании курсов «Гражданское право»,

«Предпринимательское право», дисциплин специализации

«Обязательственное право», «Страховые правоотношения».

Предложения по совершенствованию Гражданского кодекса в части регулирования алеаторных договоров в представлены в Маджлиси намояндагон Маджлиси Оли Республики Таджикистан (имеется справка о внедрении от 30июня 2014 № 119).

Отдельные выводы исследования нашли отражение в докладах автора диссертации на научных, научно-практических конференциях и круглых столах международного, республиканского и регионального уровня: Пермский конгресс учных – юристов (г. Пермь, 22 октября 2010 г.), Второй пермский конгресс учных-юристов (г. Пермь, 28-29 октября 2011 г.), Третий пермский конгресс учных-юристов (г. Пермь, 12-13 октября 2012 г.), Проблемы совершенствования законодательства Республики Таджикистан и стран СНГ в условиях переходного периода (г. Душанбе, 22 апреля 2011 г.), Становление гражданского законодательства Республики Таджикистан (г. Душанбе, 23 ноября 2012 г.), Гармонизация и унификация национальных законодательств стран СНГ в связи с вступлением в ВТО (г. Душанбе,13 апреля 2012), Правовые проблемы гражданского оборота (г. Душанбе, 29 мая 2012 года), Гражданское право и его роль в формировании гражданского общества (г.Душанбе, 30 апреля 2013 года), Гражданское право и развитие цивилистики в Республике Таджикистан (г.Душанбе, 12 марта 2014 г.), Проблемы правового регулирования инновации в предпринимательской деятельности (г. Душанбе, 10июня 2014 г.), Круглый стол (с международным участием) «Государство и право в условиях интеграции в Европейское Сообщество» (г. Донецк, 12 декабря 2013 года), Славянские чтения (г. Душанбе, апрель 2009-2014 гг.).

**Структура и объм диссертации.** Структура диссертационной работы определяется е объектом, предметом, целями и задачами. Диссертация состоит из введения, шести глав, включающих 20 параграфов, заключения, списка использованных источников и приложения.

Общий объм диссертации составляет 391 страницу.

## Понятие риска в гражданском праве

Проблеме риска уделялось и уделяется значительное внимание в доктрине гражданского права. Данной категорией пронизаны многие гражданско-правовые отношения. Ещ Д.И. Мейер обращал внимание на то, что любое событие сопряжено с риском. «Каждое обязательство, - писал учный, - сопровождается риском или страхом. Действие, составляющее предмет обязательства и представляющееся при заключении его возможным, может оказаться впоследствии невозможным; невозможность же совершения действия составляет ущерб в имуществе: и вот обязательство нести этот ущерб тому или другому участнику и составляет риск или страх по обязательству (periculum). Такая невозможность совершения действия, составляющего предмет обязательства, вследствие тех или других обстоятельства может наступить относительно каждого действия: поэтому-то мы сказали, что каждое обязательство сопровождается риском»1.

Категория риска используется уголовным, трудовым, гражданским отраслями права и каждая из них характеризует понятие риска по-своему, наделяя его признаками, отражающими специфические черты той или иной отрасли. Такая многогранность понятия «риск» не позволяет дать универсальное, общее определение риска, которое было бы применимо для всего круга общественных отношений, регулируемых правом. Даже в науке гражданского права отсутствует утвердившееся понимание термина «риск», подтверждением чему являются три сформировавшиеся теории риска -объективная, субъективная и объективно-субъективная (дуалистическая).

Найти корень проблемы такого многозначного понимания правовой природы риска попыталась Т.В. Шепель, которая в своем исследовании изложила три основные причины неоднозначного отношения к нему: 1) отсутствие легального определения понятия риска в гражданском законодательстве; 2) использование категории риска несколькими отраслями права: гражданским, уголовным, трудовым, где ей придается различное правовое значение; 3) различие в понимании правовой природы риска правомерного поведения и риска противоправного поведения. Признавая субъективный характер риска только при правомерном поведении, многие авторы противоправный риск считают исключительно объективной категорией1 . Следует согласиться с таким объяснением причин омонимичного понимания риска в праве.

На наш взгляд, правовое понимание риска должно быть универсальным и каждая из отраслей права, использующая данную категорию, не должна придавать ей собственное правовое значение, отличное от универсального. Конечно, подход к оценке риска в разных отраслях права должен быть различным с учтом специфики отрасли. Как правильно отмечает С.Н. Ревина, «если в гражданском праве в ситуации риска можно не учитывать обоснованность риска и использовать юридический механизм распределения причиненных убытков между сторонами, то в уголовном праве, где необоснованный риск может создать угрозу, опасность, прежде всего, для жизни и здоровья человека, отношение к институту риска должно быть более жестким»2. Но в отношении правового понимания риска должна соблюдаться определенная согласованность всеми отраслями права.

Что же представляет собой риск в праве? Для выявления его природы рассмотрим утвердившиеся теории риска. Теория объективного риска получила сво развитие в эпоху советской цивилистики. Е сторонники, ориентируясь на объективное значение риска, указывали на то, что возникновение неблагоприятных последствий в виде гибели или ухудшения вещи не зависит от воли лица. В частности, Е.О. Харитонов объяснял существование риска через наступление или возможность наступления неблагоприятных последствий независимо от психического отношения лица (предвидения) к действиям (своим или чужим), к результату действий или событий1. «Суть риска не в степени осознания самой ситуации, а в таящихся в ней возможностях, реализация или возникновение которых затрагивает интересы действующего лица или окружающих», - отмечает Т.И. Илларионова2. В.П. Грибанов смысл риска видел в возможности наступления невыгодных последствий3.

А.А. Собчак определял риск как «опасность возникновения неблагоприятных последствий (имущественного или личного характера), относительно которых неизвестно, наступят они или нет»4. М.С. Гринберг, выделяя производственный риск, характеризует его как правомерное создание опасности в целях достижения общественно полезного производственного результата, который не может быть получен обычными нерискованными средствами5 . По мнению Б.Л. Хаскельберга, риск - это «опасность наступления гибели или ухудшения вещи»6 . В. Рассудовский предлагает рассматривать риск как определенные явления, наступление которых приводит к материальным потерям7. Н.С. Малеин утверждал, что «риск означает возможную опасность»8.

В юридической литературе встречается немало современных сторонников объективной теории риска. Так, М.И. Брагинский признат риск объективной категорией, считая, что поведение лица, с учтом возможности наступления соответствующих обстоятельств, вс же представляет собой отношение к риску, но не самый риск1. Ю.В. Баулин определяет риск как объективное состояние возникновения вреда, при котором неизвестно, наступит вред или нет 2 . Т.А. Цыркунова, М.И. Мигунова под риском понимают возможную опасность потерь, вытекающую из специфики тех или иных явлений природы и видов деятельности человеческого общества3. В целом аналогичного мнения придерживается И.В. Макаров, раскрывая понятие риска как вероятности неполучения запланированного или ожидаемого результата 4 . Д.И. Хизириева под риском применительно к лизинговым договорным отношениям понимает в лучшем случае возможность потери лизингодателем части своей прибыли, а в худшем -потери своих ресурсов при реализации инвестиционного лизингового проекта5. По мнению Ю. Б. Фогельсона, риск – это возможное причинение вреда частному лицу в результате воздействия определенной опасности6.

Как бы не определялось во всех вышеперечисленных высказываниях понимание риска – как опасность возникновения неблагоприятных последствий, опасность наступления гибели или ухудшения вещи, как объективное состояние возникновения вреда или возможная опасность потерь, везде риск отождествляется с вероятностью потерь, что, на наш взгляд, является ошибочным.

## Алеаторный договор как самостоятельный институт системы договорного права

Определение места алеаторных договоров в системе договорного права требует, прежде всего, убежденности в договорном статусе таких юридических конструкций, потому как в юридической литературе определенное распространение получила точка зрения, ставящая под сомнение договорной характер отдельных алеаторных правоотношений. В частности, многими учными отрицается договорная природа игр и пари, вместо чего таким юридическим конструкциям приписывается статус обязательств из односторонних действий (сделок). Так, например, П. А. Панкратов характеризует игры и пари как обязательства, возникающие из односторонних действий лица, организовавшего проведение игры (пари), условно именующегося «призвавшим» лицом. «Призвавшее» лицо в каждом случае назначает условия, определяет порядок выполнения данных условий для определенного или чаще неопределенного круга лиц («отозвавшихся), которые после выполнения ими названных условий (или при наступлении обусловленных обстоятельств) имеют право на получение вознаграждения со стороны «призвавшего»1.

Близким образом рассуждает Н.П. Василевская, полагая, что обязательства из игр и пари возникают из нескольких последовательно совершаемых односторонних сделок, где центральное место занимает «первоначальная» сделка, определяющая содержание обязательств2. Сходной позиции придерживается Т.В. Сойфер, отмечая что «основанием возникновения соответствующего обязательства является одностороннее действие организатора игр или пари - объявление о проведении конкретной игры (пари) и ее условиях. Такая односторонняя сделка порождает определенные обязанности у организатора игры и права у ее потенциальных участников. Однако обязанности организатора игры могут быть реализованы, если кто-либо из лиц воспользуется своим правом и примет участие в игре, то есть также совершит одностороннюю сделку»3.

Противоречивой позиции на этот счет придерживается И.В. Елисеев. Указывая на договорную природу игр и пари и повсеместно используя выражение «договор о проведении игр или пари», ученый вместе с тем в качестве объяснения признания игр и пари обязательствами из односторонних сделок называет причину, что в играх условие, дающее начало обязательству (победа игрока), реализуется путем совершения последовательности односторонних действий игроков (например, ходов в карточных играх), тем самым, выражая свое согласие с пониманием таких юридических конструкций в качестве односторонних сделок4. Двойственный взгляд на природу игр и пари прослеживается также в законодательных положениях Гражданского кодекса РТ. Указывая в его ст. 1078 на договорную природу игр и пари, законодатель, наряду с этим, поместил нормы о проведении игр и пари в главу 54 ГК РТ, имеющую название «Публичное обещание награды», и тем самым выразил сво отношение к играм и пари как частному случаю публичного обещания награды, то есть признал их односторонней сделкой. Несмотря на определенное распространение такой позиции, мы не можем признать е приемлемой по следующим основаниям. Как известно, в основу разграничения односторонних сделок и договоров положено количество лиц, выражение воли которых необходимо и достаточно для возникновения правоотношения. Односторонняя сделка в силу е природы содержит выражение воли одной стороны. Договор же всегда совершается на основании соглашения двух лиц, причм, как писал И.Б. Новицкий, соглашение в договоре достигается выражением воли встречного содержания, потому как выражаемая каждой из сторон воля соответствует одна другой, так что можно признать, что в сделке выражается согласная воля сторон1. Иначе говоря, не каждая совокупность согласованных действий субъектов гражданского правоотношения характеризует их договорную природу, поскольку «...договор не юридическая сумма односторонних волеизъявлений, односторонних актов, односторонних сделок и, тем более, односторонних согласий..., а есть система волеизъявлений, воплощаемая во взаимном соглашении сторон2. То есть в отличие от односторонних сделок договор требует совпадения воли и волеизъявления двух сторон гражданского правоотношения, направленных на одну цель, и представляет собой, таким образом, «соглашение нескольких лиц, определяющее их юридические отношения в форме выражения общей воли»3, так сказать, «совместное соглашение двух договаривающихся воль»4.

Исходя из таких отличительных особенностей односторонних сделок и договоров, думается вычисление количества волеизъявлений и выяснение характера их взаимосвязи в играх и пари позволит окончательно утвердиться в правовой природе таких гражданских правоотношений. Собственно говоря, волеизъявление, будучи выраженной вовне волей, всегда проявляется во внешних действиях субъектов гражданского правоотношения. Как писал по этому поводу В.А. Ойгензихт, волеизъявление должно отражать выбор субъектом решения о даче согласия на вступление в сделку1. При этом вариации таких действий могут быть самыми разнообразными. Уже в зороастрийской правовой системе использовались всевозможные средства (слова, ритуальные действия, знаки), пригодные в соответствии с социальными обыкновениями для недвусмысленного проявления внутренней воли. К примеру, гражданско-правовые нормы Авесты предусматривали разновидность договора-поручительства, сопровождающегося рукопожатием. Данный договор заключался устно с произнесением определенных слов и подтверждался ритуальным действием – рукопожатием. Следует отметить, что такая форма заключения договора, как древнеправовая традиция, используется и по сей день при купли-продажи крупнорогатого скота и других животных на базарах Средней Азии и в особенности в Таджикистане. Рукопожатие, как заключительная часть договора, в настоящее время, как и в древности, выражает собой согласие и волю договаривающихся сторон2.

В играх и пари об изъявлении воли также можно судить по самым разнообразным действиям их участников. Большей частью волеизъявление в таких алеаторных правоотношениях проявляется путем совершения так называемых конклюдентных действий, из которых можно сделать вывод, что лицо желает заключить сделку. В частности, проявление воли организатором игр и пари может демонстрироваться выдачей лотерейного билета, открытием игровых заведений, установкой игровых автоматов и т.п. Вместе с тем, определенное поведение лиц, откликнувшихся на действия организатора игр (пари), равным образом свидетельствует о выражении и их воли совершить сделку. Игрок, - пишет В.А. Белов, - приобретает лотерейный билет, фишки, сдает карты, расставляет фигуры, шашки, бильярдные шары, делает ставку. Спорщик выражает свою волю либо словесно, высказывая собственное мнение относительно обстоятельства, о котором предложено поспорить, либо письменно, например, путем заполнения карточки. Подтверждением изъявления воли спорщика может также являться внесение ставки, сопровождаемое символическим действием (разбиванием рукопожатия спорщиков третьим лицом)1.

Как видим, в играх и пари воля выражается в двух формах – в форме предложения, сделанного организатором, и в форме принятия такого предложения отозвавшегося игрока. Стало быть, в играх и пари наличествуют две индивидуальные воли. И хотя волеизъявление предложения, также как и волеизъявление принятия, выражаются односторонним образом, каждое из них прямо обращено к противоположной стороне сделки и воспринято контрагентом. А не это ли обстоятельство указывает на договорной характер сделки?!Как характеризовал договорную природу отношений В.А. Ойгензихт, «в договорных отношениях недостаточно лишь выражение своей воли, должно быть еще «доведение» ее до сведения другой стороны, восприятие «встречной» воли»2. Вот и в играх и пари воля организатора выражена в надлежаще оформленном виде и доведена соответствующим образом до игрока, который, в свою очередь, воспринимает встречную воли выражением своей воли. Этот момент и констатирует возникновение договорного отношения.

## Исковые и неисковые алеаторные договоры

Обязательство, возникающее из алеаторного договора, как и любое другое обязательство, характеризуется тем, что в силу его должник обязан совершить в пользу кредитора определенное действие, а кредитор имеет право требовать от должника исполнение его обязанности. При этом если должник не исполняет свои обязанности добровольно, право требования кредитора, как правило, осуществляется в принудительном порядке посредством судебной защиты. Такие обязательства со времен римского права называют исковыми или цивильными обязательствами.

Несмотря на преобладание в гражданском праве исковых обязательств, возможны случаи, когда возникшее из договора (в том числе алеаторного) обязательство совершить предоставление существует, но в силу тех или иных обстоятельств право требования кредитора лишено судебной защиты, и, тем самым, у него отсутствует возможность осуществить свое притязание в исковом порядке. Такого рода обязательства опять-таки со времен римского права называют неисковыми или натуральными обязательствами. В связи с этим в зависимости от наличия или отсутствия возможности принудительного осуществления кредитором своего обязательственного права требования, алеаторные договоры можно разделить на исковые и неисковые. Исковые алеаторные договоры представляют собой договоры, обязательственные требования по которым обеспечены судебной защитой, неисковые же алеаторные договоры порождают обязательства, лишенные таковой защиты. Среди алеаторных договоров рассматриваемой классификации наиболее значимый интерес представляют неисковые алеаторные договоры. Особое внимание к ним объясняется тем, что гражданскому праву известно как минимум два вида неисковых обязательств, и каждое из них может быть порождено алеаторным договором. Первая разновидность неисковых обязательств возникает из алеаторных договоров игр и пари, которые по общему правилу не подлежат судебной защите. Вторая группа неисковых обязательств - это так называемые «задавненные» обязательства (с истекшим сроком исковой давности для требования кредитора), которые также могут возникать из алеаторных договоров.

Выделение неисковых или, как их принято называть в науке гражданского права натуральных обязательств, из всего числа обязательств связано с отсутствием их принудительной защиты. Ввиду этого, обращая внимание на известную их дефектность, в юридической литературе такие обязательства именуют анормальными 1 , неполными 2 , снабженными ослабленной санкцией 3 , обязательствами слова и чести 4 и кроме всего прочего даже подвергают сомнению их обязательственную природу.

В частности, выдающийся ученый-цивилист М.М. Агарков отрицательно относился к признанию обязательствами относительных правоотношений, лишенных исковой защиты. Ученый, признавая санкцию неотъемлемым элементом обязательства, считал, что последнее непременно должно быть снабжено санкцией, коей является исковая защита. А поэтому, по его мнению, неисковые обязательства представляют собой не юридические обязательства, а являются некими моральными обязательствами5. Близким образом рассуждал О.С. Иоффе, считая, что обязательство утрачивает силу и перестает быть таковым, как только оно лишается обеспечивающей его санкции6. А поэтому ученый не признавал натуральные обязательства обязательствами в собственном смысле этого слова. «Непосредственным способом приведения в действие санкции, обеспечивающей исполнение обязательства, - писал он, - является гражданский иск. Но с истечением давности право на иск погашается, а значит, в тот же самый момент обязательство утрачивает свойственную ему санкцию. Поскольку же без санкции обязательство существовать не может, надлежит прийти к выводу, что оно прекращается фактом истечения исковой давности…, раз давность истекла, значит, данное обязательство утратило санкцию, а это равносильно его прекращению»1. Несмотря на расхождение приведенной точки зрения с нашей позицией, у нас не вызывает сомнения весомое, принципиально важное значение исковой санкции в обязательствах. Как отмечал Ф.К. Савиньи, «сущность обязательства заключается в состоянии несвободы, и нормальный способ осуществления этой несвободы, этого принуждения, есть иск…».2 «Санкция, - писал И.Б. Новицкий, - придает обязательству реальное значение, возможность для кредитора добиться известного практического результата… и основным средством осуществить ответственность должника и добиться, чтобы санкция получила реальное, практическое значение, служит предоставляемый кредитору иск, с помощью которого кредитор и получает возможность добиваться удовлетворения помимо воли и даже против воли должника»3. Однако, как верно подметил тот же И.Б. Новицкий, исковая санкция, будучи основным средством, осуществляющим принудительное удовлетворение права требования кредитора, не является единственным таковым средством 4 . «Возможность принудительного осуществления обязательства судебным порядком составляет только одну сторону всякого обязательственного отношения. Столь же возможно и добровольное исполнение обязательства» 5 , к которому могут ориентировать помимо формализованных иные виды социальных санкций.

Ведь что такое социальная санкция? Она представляет собой реакцию социальной группы (общества, трудового коллектива, друзей, родственников и т.п.) на поведение индивида, отклоняющееся (как в позитивном, так и в негативном смысле) от социальных ожиданий, норм и ценностей 1 . О.С. Иоффе, рассуждая о сущности санкции, сам отмечает, что санкция определяет общие последствия, которые могут наступить, если норма будет кем-либо нарушена2. Думается такими свойствами может обладать не только правовая санкция, но и различные иные виды социальных санкций. В том случае, когда обязательство не защищено исковой защитой или другими принудительными мерами, вполне возможно применение иных санкций социального характера, опирающихся на обычаи, нравы, мораль, религию определенного общества или отдельной социальной группы. И кто может поспорить с тем, что в определенных случаях иные виды социальных санкций имеют наибольший принуждающий эффект нежели правовые санкции! Не что иное, как натуральные обязательства являются тому примером.

Взять хотя бы натуральные обязательства, основанные на обычном праве таджиков. Не секрет, что в Таджикистане с особой почтительностью относятся к сложившимся обычаям и традициям. Старые вредные обычаи, обращает внимание М.А. Махмудов, ещ довольно сильно воздействуют на сознание и поведение таджикских граждан3. Зачастую для рядового местного жителя не имеют столь обязательного значения нормы позитивного права, сколько обычного права, хотя последние нередко являются невыгодными и обременительными для него. Такое неукоснительное отношение к нормам обычного права даже поставило государство перед необходимостью принять Закон «Об упорядочении традиций, торжеств и обрядов в Республике Таджикистан», название которого говорит само за себя. Данный закон с целью защиты социальных интересов населения и предотвращению излишних расходов, наносящих серьезный ущерб материальным интересам и моральным устоям жизни граждан, установил запрет и ограничения на совершение отдельных видов обрядов.

Уже само принятие такого закона, являющегося прецедентным на территории стран СНГ и не только, говорит о силе обычного права в Таджикистане. Но даже установленные запреты и ограничения не останавливают население перед неуклонным следованием воспринятым из прошлого правилам поведения. Об этом говорят следующие цифры, показанные в нижеприведенной таблице1.

## Правовое регулирование азартных игр в Республике Таджикистан: история вопроса и современное состояние

Институт азартных игр имеет многовековую историю, обусловленную особенностями данного феномена. Поэтому чтобы дать анализ имеющихся в прошлом на территории современного Таджикистана правовых традиций, связанных с азартными играми, и проследить путь развития их правового регулирования, необходимо привлечение разнообразных источников, включающих не только юридические, но и археологические, исторические, этнографические и литературные материалы.

Исследованные нами материалы в названных сферах человеческих знаний указывают на то, что азартные игры являются одним из древнейших досуговых развлечений, освоенных древними исконными народами Средней Азии еще во времена существования индоиранской общности. Свидетельством глубины истории данного вопроса являются многочисленные археологические находки на территории Средней Азии в погребениях катакомбной культуры сложных наборов игральных принадлежностей, в том числе бараньих астрагалов (альчиков), датируемых 2-м тысячелетием до н. э1 . Занимаясь археологическими исследованиями катакомбной культуры бронзового века, известный историк и археолог Л.С. Клейн пишет в своих работах: «В катакомбных погребениях обнаружено необыкновенно много альчиков и специальных наборов резных метательных костей – столько не найдено ни в одной другой культуре бронзового века (даже, наверное, во всех остальных вместе взятых). Существенно, что эти специально изготовленные кости имели форму не кубиков, что было бы банально, а октаэдров, восьмигранников с притупленным срединным (поясным) ребром, так что из восьми образуются четыре гнутых грани – именно такую форму (чатурашра) имели игральные кости индоариев древности, известные по древнеиндийской литературе… По знакам на катакомбных игральных костях, означающим числа (это цифры бронзового века!), и по комбинациям костей в наборах восстанавливаются правила игры, совпадающие с древнеиндийскими»2 . Судя по обилию игральных костей, помещаемых в могилы воинов катакомбной культуры, ученый приходит к выводу, что индоарии были азартнейшими из людей3.

Игральные кости (астрагалы) являются также частой находкой в иных памятниках бронзового века Средней Азии. К примеру, в Согде при археологических раскопках на городище Афрасиаб в слое конца IV—начала III в. до н.э. были найдены игральные кости с вырезанной греческой надписью, состоящей из четырех букв — KTHL, вероятнее всего, являвшейся аббревиатурой от греческого имени владельца игральной кости. Об уровне распространенности игры в кости среди всех слоев общества в период формирования первых государственных образований исторического Таджикистана – начало I тыс. – VI в. до н.э. (Бактрия, Согд, Хорезм) свидетельствуют изделия из широко известного Амударьинского клада, включающего различные предметы V - III вв. до н. э., в том числе золотые перстни-печати работы греческих мастеров с фигурками женщин, играющих в кости, сами игральные кости, шахматные фигурки1.

Вместе с тем, несмотря на многочисленные свидетельства распространенности на территории Средней Азии в архаичный период отдельных видов азартных игр, следует констатировать тот факт, что они не испытывали на себе правового воздействия и регулировались исключительно моральными догмами и религиозными установлениями существовавших на тот период верований. Впрочем, значение этих морально-религиозных норм для развития права не стоит умалять, поскольку впоследствии они легли в основу первых правовых норм, регламентирующих азартные игры. Одним из таких источников является литературный памятник педагогической направленности XI века – «Кабуснаме» («Книга Кавуса» или «Записки Кавуса»), написанная Кей-Кавусом в 1082—1083 г.г. для своего сына Гиляншаху. Эта книга поучений содержит главу рекомендательного характера, где дается наставление при игре в нарды и шахматы: «И много играть в нарды и шахматы не привыкай. Если играешь, играй редко и играй не иначе, как на птицу, или барана, или на угощение, или на какую-либо последнюю безделку. В долг не играй и на деньги не играй, ибо играть на деньги – невоспитанность и азартная игра». Однако самым ранним письменным свидетельством, упоминающим об азартных играх, является собрание ведических гимнов «Ригведа», содержащее поэму «Гимн игрока», в которой отражается популярность игры в кости среди древних ариев и изображается пагубность данного увлечения: «…Ведь кости усеяны колючками и крючками. Они порабощают, они мучают, испепеляют, Одаряют, как ребенок, победителя они вновь лишают победы…»1. Что же касается самого буддизма, получившего определенное распространение на территории современного Таджикистана во II-III в. н.э. и просуществовавшего вплоть до утверждения ислама, его каноны не указывают на прямую запретность азартных игр и получение связанного с ними выигрыша, но относятся к ним как одному из шести способов впустую тратить время и деньги и как к препятствию на Благом пути. Говоря о зороастризме как основном религиозном течении древней и раннесредневековой Средней Азии, то в дошедших до наших дней его постулатах не отражено отношение данной религии к азартным играм. Сохранившиеся части Авесты, в том числе ее правовой трактат «Видевдат», не содержат какого-либо упоминания об азартных играх. Хотя можно предположить, что отсутствие интересующих нас сведений связано с утерей многих текстов Авесты, к числу которых относятся также ее четыре несохранившихся правовых книг-насков (разделов): Никадум (Nokrdum), Ганабаса-сар-нигад (Ganabasr-sar-nigad), Хуспарам (Hbisparrm) и Сакадум (Sakrdbm)2.

Так или иначе, сохранившиеся зороастрийские источники и каноны буддизма указывают на сдержанное отношение этих двух верований к азартным играм в сравнении с авраамическими религиями (иудаизмом, христианством и исламом), в которых, напротив, прослеживается всеобщая запретность данного досугового развлечения. В частности, азартные игры в виде различных вариантов игры в кости и «камешки», а также голубиные гонки осуждаются в Вавилонском Талмуде и позднейших галахических произведениях (Санхедрин, II, 3; Рош Ха-Шана, I, 8). Однако это осуждение не было однозначным и делалось различие между «профессиональными игроками», для которых игра была промыслом, и тех, кто играл для развлечения. Первых приравнивали к грабителям, поскольку выигравший, забирая свои выигрышные деньги, делал это как бы против воли проигравшего, потому как последний не платил их с чистым сердцем. Такая ситуация называлась «асмахта» (Баба Кама, 79б). Играть для развлечения позволялось, в частности это могли делать женщины, поскольку не были заняты постоянным изучением Торы. (Киддушин, 21б; Недарим, 25а; Шебуот, 29а).

В исламе запрещение азартных игр (майсира1 ) является одним из наиболее известных установлений, восходящее, согласно традиции, непосредственно к Мухаммаду 2 . В кораническом тексте II, 216/219 (старейшая мединская сура, датируемая временем до 15 марта 624 г., т. е. до битвы при Бадре) сказано: «Они спрашивают тебя о вине и майсире. Скажи: "В них обоих - великий грех и некая польза для людей, но грех их -больше пользы"». В последней по времени суре, пятой, датируемой 627 -629 гг., о пользе, которую можно извлечь из вина и майсира, уже не говорится: «О вы, которые уверовали! Вино, майсир, жертвенники, стрелы - мерзость из деяния сатаны. Сторонитесь же этого, - может быть, вы окажетесь счастливыми! Сатана желает заронить среди вас вражду и ненависть вином и майсиром и отклонить вас от поминания! Аллаха и от молитвы. Удержитесь ли вы?» (V, 92/90-93/91). За одно лишь приглашение на азартную игру согласно исламским канонам человек должен искупиться милостыней: «Тот же, кто предложит своему товарищу: "Давай-ка я сыграю с тобой", пусть подаст милостыню»1.

Такое резко отрицательное отношение ислама к азартным играм объясняется тем, что игра в азартные игры, равно как и употребление спиртных напитков, посягает на интеллект, представляющий собой одну из защищаемых исламом ценностей, без которого немыслима вера в Аллаха2. Именно это обстоятельство указывается в комментариях мусульманского права в качестве причины отнесения азартных игр к числу непристойных действий: «Непристойно играть в шахматы, кости или другие игры, ибо, если есть какая-либо ставка, то это высокая игра, положительно запрещенная Кораном, а если ставки нет, то игра бесполезна и пуста. Пророк объявил все забавы мусульманина суетными, за исключением трех: выездки лошади, стрельбы из лука и развлечений со своими женами… Наши ученые основали свое мнение по этому предмету на изречении Пророка: «Кто играет в шахматы или кости, как бы опускает свою руку в кровь свиньи». Этого рода игры способны удержать людей от молитвы и прославления Бога в положенное время; и Пророк сказал: «Все, что способно ослабить рвение людей в исполнении обязанностей их относительно Бога, рассматривается как игра»3.