Mycyльманское право. Вопросы теории и практики. Л. Р. Сюкияйнен filosoff.org Спасибо, что скачали книгу в бесплатной электронной библиотеке http://filosoff.org/ Приятного чтения!

Мусульманское право. Вопросы теории и практики. Л. Р. Сюкияйнен глава І. ПРИРОДА МУСУЛЬМАНСКОГО ПРАВА Соотношение мусульманского права с религиозной системой исследователи мусульманского права обычно обращают внимание на две его характерные и взаимообусловленные особенности— религиозное происхождение («божественную природу») и тесную (по мнению некоторых — неразрывную) связь юридических (предписаний с мусульманской догматикой (богословием), (нравственными нормами, (правилами культа, религиозными нормами ислама в целом. Известные современные ученые, например, Мухаммад Иусуф Муса и Субхи Махмасани отмечают, что мусульманское право религиозно по своему происхождению и правоверные относятся к нему как к божественному откровению [435, с 192; 469, с. 15]. Исходя из универсального характера ислама и его нормативных предписаний, делается вывод о том, что ислам — это одновременно «вера и государство», а мусульманское право (фикх) выступает не только собственным правом, но и религией [469, с. 14–15] Сходную точку зрения высказывают и авторитетные западные исследователи мусульманакого права Так, Й. Шахт отмечает, что для мусульманского права характерен дуализм религии и государства [614, с. 2]. По мнению Р. Шарля, мусульманское право — это прежде всего религия, затем — государство и культура [319, с. 11]. Ислам, подчеркивает Р. Давид, — это религия закона, а мусульманское право имеет не рациональную, а религиозную «божественную», природу [159, с. 386, 387, 394].

Советские исследователи и ученые-юристы социалистических стран также подчеркивают, что мусульманское право — право мусульманской религии, являющееся ее неотъемлемой частью (см., например, [198, с. 233; 306, с. 31]). Они обращают внимание на то, что ислам не знает четкого разграничения светских и духовных функций и способствует сохранению неразделенности духовной и светской власти, религии и государства [149, с. 110; 165, с. 32].

На основе тезиса о неразрывном единстве в исламе «веры и государства», религии и права многие исследователи приходят к выводу, что исламу свойственна лишь религиозная догматика

(теология), мораль и травила культа, а юридические нормы как таковые, если и имеются, то, по существу, совпадают с указанными правилами, не играют самостоятельной роли, либо занимают второстепенное место. Например, Абд ал-Азиз Амир полагает, что мусульманское право в глазах лравоверных является частью религиозной догматики [331, ч. 2, с. 7]. Субхи ас-Салих утверждает, что божественное откровение не является чем-то чуждым праву, которое не может быть понято без учета этого фактора. Причем откровение в исламе явно превалирует над правом [471, с. 113-121, 130-147]. Мухаммад Фарук ан-Набхан, отмечая тесную связь в мусульманском праве юридических правил поведения с нормами морали, а также с общими целями и интересами ислама как религии, заключает, что в общем комплексе нормативных предписаний шариата религиозные и «гражданские» нормы не различаются, поскольку на государство (Возлагается функция обеспечения в равной степени всех положений шариата — как определяющих порядок отправления религиозных обязанностей, так и регулирующих взаимоотношения мусульман (см. [451, с. 25, 28]). Абд ал-Азиз Амир, обращая внимание на тесную связь мусульманского права с религиозной нравственностью, отмечает, что многие нормы мусульманской морали снабжены правовой санкцией и поэтому мусульманское право является самым «нравственным» правом (см. [331, ч. 2, с. 30]). Аналогичные в целом позиции по рассматриваемому вопросу занимают и буржуазные ученые. Так, Р. Давид исходит из того, что мусульманское право не играет самостоятельной роли, поскольку в нем в принципе не различаются обязательства человека по отношению к богу и по отношению к другим людям [159, с 45, 386]. С такой оценкой соглашается и А. Массэ, отмечающий, что в мусульманском праве вопросы ритуала сочетаются с правовыми нормами [219, с. 80]. По мнению И. Шахта, в исламе религиозные и моральные правила поведения обнимают все поступки человека, не оставляя места для чисто юридических норм (см. [619, с. V; 614, с. 2]). Обоснованно напоминая, что собственно правовые нормы в исламе рассматриваются вместе с правилами религиозного культа как две дополняющие друг друга части фикха, Н. Торнау замечает: «Сколько бы ratio legis не была совершенна в гражданских постановлениях мусульман, она существует и выражается одним словом: в подчинении оных законам о вере» [290, с. 10]. Р. Шарль полагает, что не существует четкой грани между юридическими и религиозными предписаниями, в связи с чем для мусульманских теологов-правоведов молитва может оказаться «недействительной», как и торговая сделка [319, с. 16, 20].

```
Mycyльманское право. Вопросы теории и практики. Л. Р. Сюкияйнен filosoff.org
Среди советских ученых также утвердилось мнение о характерном для ислама
неразрывном единстве религиозных и правовых норм. Например, А. Ф. Шебанов,
рассматривая мусульманское право, называет его положения
«религиозно-юридически-
ми» нормами [321, с. 4-6]. И. Петрушевский характеризует богословие и право
в качестве двух отраслей мусульманского «религиозного закона» (шариата)
[245, c. 125].
Действительно, тесная взаимосвязь правовых и религиозных предписаний
ислама, религиозная основа мусульманского права, его «мусульманский» характер не вызывают сомнений. Это реальный факт, подтверждаемый анализом
особенностей мусульманского права как системы действующих юридических норм.
в первую очередь речь идет об общем для всех нормативных положений ислама
происхождении. Так, основными источниками мусульманского права - как и
неюридических норм ислама - признаются (Коран и сунна, в основе которых
якобы лежит божественное откровение и которые закрепляют прежде всего
основы веры, правила религиозного культа и морали, определяющие в целом
содержание мусульманского права в юридическом смысле. Его направленность на
(реализацию идеалов ислама как религиозной системы, включение в его состав
ряда норм религиозного культа объясняют, почему мусульманское право нередко
справедливо называют квинтэссенцией, главным звеном ислама, наиболее ясным выражением мусульманской идеологии (см., например, [159, с. 387]|). В частности, для понимания не только общей идеологической основы, но и ряда
юридических особенностей мусульманского права важное значение имеет
концепция «интереса», исходящая из нацеленности права на защиту пяти
основных ценностей, среди которых первое место отводится религии (см., например, 411; 446]).
Другой общей чертой всех сложившихся в исламе социо-нормативных
регуляторов, тесно связанной с первой, является то, что нормативное
содержание его юридических предписаний и характерные особенности их
формулирования в средневековом мусульманском праве в большинстве случаев ничем не отличались, например, от норм религиозного культа (ибадат). Не случайно последние традиционно рассматривались и продолжают рассматриваться
в качестве неотъемлемой части мусульманского права в широком смысле. В этом
отношении юридические и религиозные нормы ислама имели одни источники,
сходную структуру и в значительной мере, как будет показано ниже,
совпадающий механизм действия.
Опора на религиозные догматы и нацеленность на защиту основ веры
прослеживаются на уровне всех отраслей мусульманского права. Так, нормы
«личного статуса» - отрасли, занимающей центральное место в системе
мусульманского права, действуют главным образом среди мусульман, хотя в современных условиях во многих мусульманских странах религиозный принцип
применения не распространяется на нормы, регулирующие вопросы наследования,
завещания и ограничения правоспособности. Данные нормы запрещают
мусульманке выходить замуж за немусульманина. Присутствующие при заключении
брачного договора свидетели должны быть мусульманами. Ин-
ститут вакуфного имущества исходит из признания верховного права
собственности на такое имущество за Аллахом и использования его на
религиозно-благотворительные цели.
Мусульманское гражданское право (муамалат), регулируя режим собственности,
признает, что верховное право на любое имущество принадлежит Аллаху. Широко
используется (в частности, ори проведении национализации и аграрной реформы) предание Пророка о том, что некоторые объекты (например, вода и земля) не могут (быть предметом частной собственности. Мусульманское государственное право требует, чтобы правитель обязательно
был мусульманином. Значительная часть полномочий главы государства носит
религиозный характер, связана с первоочередной защитой интересов ислама и
контролем за исполнением правоверными своих религиозных обязанностей.
Согласно мусульманской политико-правовой теории, законодательная власть в
мусульманском государстве принадлежит муджтахидам — лицам, являющимся
наиболее авторитетными знатоками религиозных и правовых вопросов. Целью
мусульманского государства, имеющего по сути теократический характер, провозглашаются реализация всех предписаний ислама, утверждение «мусульманского образа жизни». Не случайно, например, шиитская политическая
теория считала вопросы организации государства предметом не правовой науки,
а религиозной догматики, рассматривала мусульманское государство (имамат) в
качестве основы самой веры.
(в мусульманском судебно-процессуальном праве выделяются нормы, в
соответствии с которыми должность судьи могут занимать только мусульмане,
строго придерживающиеся в своей личной жизни религиозных и моральных
```

(предписаний ислама. Сходные требования предъявляются и к свидетелям по большинству дел. Особое значение данная отрасль придает клятве именем

Mycyльманское право. Вопросы теории и практики. Л. Р. Сюкияйнен filosoff.org Аллаха, с помощью которой ответчик может доказать свою невиновность. При этом действенность подобного способа защиты и его признание судом связываются с особенностями религиозной совести мусульманина, которая не позволяет ему лгать под страхом потусторонней божественной кары. В отдельных случаям только принесение религиозной клятвы является тем юридическим фактом, с которым мусульманское право связывает далеко идущие правовые последствия (например, при обвинении мужем своей жены в нарушении супружеской верности). Основной идеей регулирования международных отношений в исламе является деление всех стран и народов по религиозному признаку на две группы: «мир ислама» и «мир войны». Внешняя политика мусульманского государства, согласно такому подходу, строится в зависимости от того, осуществляется ли она по отношению к мусульманскому или немусульманскому государству. Заметное место в мусульманском международном праве принадлежит институту джихада - войны с отступниками от ислама или «неверными», совершающими агрессию против мусульман, вне зависимости от того, являются ли они гражданами данного или любого иного государства. Не случайно и в наши дни отдельные мусульманские государства в правовом закреплении основ внешней политики прежде всего ориентируются на «мусульманскую солидарность» и даже претендуют на защиту интересов мусульман, проживающих в других странах. Мусульманское уголовное право (укубат) в качестве наиболее опасных правонарушений рассматривает посягательства на «права Аллаха», среди которых особо выделяется вероотступничество, влекущее смертную казнь. Как правило, к совершившим преступления мусульманам и (представителям иных религий «применялись различные меры наказания. Во многих случаях раскаяние преступника, имеющее непосредственное отношение к его религиозной совести, освобождало его от наказания. И в то же время за отдельные правонарушения в качестве санкции устанавливалось религиозное искупление. Особенно важно подчеркнуть, что данная отрасль мусульманского права предусматривает применение чисто юридических санкций за неисполнение некоторых религиозных обязанностей и норм морали. Иначе говоря, в качестве правовых нередко выступают религиозно-ритуальные или моральные по своему содержанию нормы, снабженные юридической санкцией и защищаемые государством. Так, по мусульманскому праву, любой «грех», связанный с нарушением даже моральных в своей основе норм, может быть наказан мусульманским судом (см., например, [331, ч. 2, с. 31]). (Подобное положение характерно и для современного правового развития ряда «мусульманских стран. Например, законодательство Марокко, Иордании и Пакистана предусматривает для мусульман уголовную ответственность за несоблюдение поста во время рамадана. (В Пакистане, кроме того, на государственных служащих возлагается обязанность совершения пятикратной ежедневной молитвы, а мужчинам запрещается работать и даже находиться в женских учебных заведениях. Специальные мусульманские суды в Иране, созданные для борьбы с так называемой моральной деградацией, могут применять наказаний за пренебрежение мусульманскими традициями в одежде или нарушение шариатских норм общественного поведения, в частности предусматривающих фактическую изоляцию женщин и исключение их контактов с мужчинами в общественных местах. Религиозный характер таких норм проявляется и в том, что они, как правило, распространяются только на мусульман. Положение о тесном взаимодействии в исламе правовых, моральных и религиозных правил поведения прослеживается также в анализе характера норм мусульманского права в собственном смысле, основания их обязательности и последствий их неисполнения. Так, для современных мусульманских исследователей характерна позиция, согласно которой в основе обязательности юридических предписаний шариата лежат вера в Аллаха и требования «мусульманской нравственности» (см., [435, с. 189]). При этом многие исследователи придерживаются мнения, что поведение мусульманина получает прежде всего религиозную оценку, а главным средством обеспечения норм мусульманского права является религиозная санкция за их нарушение (см. [451, с. 112, 28; 641, с. 15]). Близкой точки зрения придерживаются и известные буржуазные исследователи мусульманского права. Например, Н. Е. Торнау подчеркивал, что исполнение «гражданских постановлений ислама» требуется от мусульман во имя веры [290, с. 13]. И. Шахт также квалифицирует неисполнение норм мусульманского права как нарушение предписаний религии и обращает внимание на то, что мусульманское право никогда не поддерживалось исключительно организованной

Данный вывод разделяет и Р. Шарль, который отмечает, что меры охраны юридических норм в исламе лишь в отдельных случаях являлись карательными.

силой [614, с. 2-4].

Мусульманское право. Вопросы теории и практики. Л. Р. Сюкияйнен filosoff.org Верующего, нарушившего предписания мусульманского права, «поджидает потусторонний ад, а не земной жандарм» [319, с. 20].

Советские исследователи при анализе мусульманского права также обращают внимание на то, что наказание за нарушение его норм, даже если оно исходило от государства, воспринималось в конечном счете как божественная кара, поскольку важнейшей задачей теократического мусульманского государства было исполнение воли Аллаха на земле. Одновременно подчеркивается отсутствие в целом четких границ между нарушением права и неисполнением религиозных норм. «В силу религиозного характера норм шариата, — пишет А. Ф. Шабанов, — всякое правонарушение, посягающее на государственный правопорядок, всякое выступление против правителей рассматривалось вместе с тем как преступление против религии, а всякое отступление от религиозных установлений считалось преступлением против государства» [321, с. 5].

Хотя данное положение представляется излишне прямолинейным, в нем, по нашему мнению, вскрыта существенная особенность мусульманского права, которая заключается в тесной зависимости реализации его норм от религиозного сознания. Одновременно такой подход помогает выявить и другую важную черту социально-психологического механизма его реализации, объясняющую высокую эффективность его регулирующего воздействия на поведение мусульман, которые на практике во многих случаях относились и относятся к нормам мусульманского права как к религиозным предписаниям. Следует, однако, иметь в виду, что такое отношение, проявляющееся лишь как общая тенденция, характерная преимущественно для общественного сознания мусульман в (целом, не означает полного отождествления религиозной и правовой сторон ислама на уров-

не мусульманско-правовой идеологии, а также индивидуальной и групповой психологии.

Соотношение в исламе правовых и неправовых нормативных предписаний сложнее и тоньше, чем может показаться на первый взгляд. Тезис о слитости юридических норм с религиозными и нравственными, (Подчиненности правовых регуляторов в исламе его догматическим постулатам, ритуальным и нравственным правилам представляется правильным, но с весьма существенными оговорками. Он может быть принят лишь при условии рассмотрения мусульманского права с одной точки зрения – в максимально широком, а не специально юридическом смысле, т. е. как «божественного закона» - шариата, который в таком понимании практически поглощает собой ислам в целом. Естественно, при этом юридические нормы действительно оказываются в тени собственно религиозно-ритуальных или нравственных предписаний, растворяются в них. Понятно, что такой подход не позволяет выявить особенности именно юридических норм как относительно самостоятельной части всего мусульманского социально-нормативного комплекса. Более того, если принять за аксиому положение о неразрывном единстве религиозных предписаний (догматических и ритуальных), нравственных и собственно правовых норм в исламе, то вопрос о самом существовании мусульманского права в юридическом смысле вообще снимается. В самом деле, если исходить из того, что так называемые правовые нормы в исламе ничем принципиально не отличаются от ритуальных и моральных, то возникают сомнения в обоснованности оценки мусульманского права как юридического явления. А раз так, то закономерно встает вопрос, допустимо ли вообще говорить о наличии в исламе, пусть даже в нерасчлененном виде, различных типов норм, в том числе и юридических. Иными словами, выводу о том, что мусульманский социально-нормативный механизм включает религиозные, нравственные и правовые правила поведения, должен предшествовать анализ тех факторов, которые обусловили юридический характер отдельных предписаний ислама, придали им качество права. Поэтому, на наш взгляд, специфику мусульманского права нельзя полностью раскрыть. указав только на его тесную связь с мусульманской религией и нравственностью. Прежде всего необходимо дать ему оценку именно как праву в юридическом смысле, рассмотреть его соотношение с государством, определить, отвечает ли оно всем требованиям, которым должно отвечать право как особый социально-нормативный регулятор. Без этого невозможно понять место мусульманского права в правовой надстройке общества в мусульманских странах.

Подход к мусульманскому праву только как к религиозному явлению не учитывает того обстоятельства, что, несмотря на прочную связь юридических норм ислама с религиозными и нравственными, их переплетение, а иногда и слияние, между

данными категориями норм в делом имеются и существенные отличия Причем обособление правовых правил поведения в целом от иных мусульманских социальных регуляторов, для которого характерны те же основные особенности, что и для любой социально-нормативной системы, имело в исламе и свои весьма существенные особенности. Вера и государство, религия и право — две

```
Mycyльманское право. Вопросы теории и практики. Л. Р. Сюкияйнен filosoff.org
достаточно отличные друг от друга нормативные системы, границы между
которыми сложились в исламе не сразу. Показательно, что процесс обособления
правовых норм в исламе получил отражение в истории становления правоведения
и теологии как относительно самостоятельных направлений мусульманской
идеологии.
Советские исследователи обоснованно отмечают, что на раннем этапе развития
ислама богословие и правоведение были слиты воедино в рамках фикха и отчетливо в нем не различались (см. [149, с. 130; 245, с. 125]). Этот вывод подтверждается тем, что в то время для шариата (было характерно
преобладание общей религиозной оценки тех или иных отношений, поступков и
фактов, которые не сразу получили специфически юридическое закрепление.
Поэтому правовая система ислама в целом имеет более позднее, нежели (Коран, происхождение, хотя и освящена именем Пророка (см. [132, с. 25; 219, с 91; 225, с. 119]). Лишь в X в богословие отделилось от правоведения в широком
смысле (фикха), служанкой которого оно было до сего времени (см. [149, с. 131; 223, с 199; 267, с 111]) Однако, возникнув на базе фикха,
теоретическое богословие (калам) и после этого осталось тесно связанным с
правовой доктриной.
Переплетение этих двух направлений мусульманской мысли проявилось,
например, в том, что фикх традиционно рассматривался в числе религиозных
наук (см, например, [155, с 118; 262, с. 1180, 181; 469, с. 15]). Не случайно поэтому, как подчеркивает Л С. Васильев, «несмотря на отделение
богословия от правоведения, связь между тем и другим в исламе была очень
тесной, а право всегда оставалось религиозным и религиозно
санкционированным» [146, с 59] Закономерно, что практически все узловые
вопросы мусульманской теории и практики получили комплексную разработку
как с позиций теологии, которая являлась теоретической дисциплиной, так и
правоведения (фикха), рассматриваемого в качестве «практической» науки.
иначе говоря, на правоведение возлагалась задача разработки практических
путей достижения общих целей ислама, теоретически сформулированных
богословием. На это обстоятельство обращает внимание, например, Л. В. С. фан ден Берг, обоснованно подчеркивая, что мусульманские юристы должны были
до некоторой степени быть богословами, а богословы - юристами [298, с.2].
Важно при этом иметь в виду, что теория мусульманского права проводит
различия между его нормами в зависимости от степени их обусловленности
интересами ислама в целом. В ча-
стности, все защищаемые мусульманским правом права и интересы принято
делить на две основные группы — «права Аллаха» и «трава индивидов». Им
соответствуют и две (разновидности норм мусульманского права. Наряду с ними
иногда выделяют и третью — нормы, которые охраняют права, принадлежащие
одновременно Аллаху и частным лицам. Иначе говоря, различные нормы
мусульманского права имеют неодинаковое отношение к его религиозным основам (см. [412, с. 13 и сл; 448, с. 58]). При этом, правда, мусульманско-правовая доктрина порой намеренно расширяет религиозную основу
юридических норм, излишне искусственно подчеркивает их направленность на
достижение целей ислама, создавая тем самым иллюзию, будто главной целью
мусульманского права является реализация «воли Аллаха». Так, наиболее
опасные преступления категории худуд она рассматривает как посягательство
на «права Аллаха», под которыми имеется в виду не что иное, как интересы мусульманской общины, общие интересы всех мусульман (см. [458, с. 155—156])
«Правами Аллаха» они названы только потому, что наказания за данные преступления однозначно установлены Кораном и сунной. Среди правонарушений,
наказываемых по усмотрению суда, угрожающими «правам Аллаха» считаются не только неисполнение культовых обязанностей (в религиозном смысле такие
нарушения действительно посягают на волю Аллаха), но и такие, например,
шпионаж и казнокрадство, которые на самом деле представляют повышенную
опасность для общества и лишь в силу этого отнесены к числу нарушений «прав
Аллаха», что является очевидной фикцией, поскольку в действительности они
затрагивают общие интересы мусульман, которые искусственно ассоциируются с
«правами Аллаха». Иначе говоря, «права Аллаха» в данном случае лишь
маскируют истинное значение данных правонарушений для мусульманской общины,
которая и наказывает их правовыми средствами.
Анализ нормативного содержания мусульманского права позволяет сделать
вывод, что не все юридические нормы в равной степени основаны на исламе как
религиозной догме или системе чисто религиозных нормативных предписаний.
Наиболее прочно связаны с религией лишь те немногочисленные конкретные
правила поведения, которые установлены со ссылкой на Коран и сунну. К ним относятся, например, нормы, регулирующие отдельные стороны брачно-семейных
отношений или вопросы наследования, несколько уголовно-правовых
предписаний. Они отличаются от других норм мусульманского права тем, что,
по существу, совпадают по закрепленным образцам поведения с
```

Мусульманское право. Вопросы теории и практики. Л. Р. Сюкияйнен filosoff.org соответствующими религиозными нормативными положениями и (в отдельных случаях) нравственными требованиями, освященными исламом. Именно потому, что их религиозные «дубликаты», «двойники» закреплены в Коране и сунне, сами нормы мусульманского права этой разновидности рассматриваются как имеющие непосредственно «божественное происхождение» и неизменяемые. В этом смысле можно согласиться с выводом А. Выгорницкого, что «в мусульманском кодексе юридические принципы, неразрывно связанные с религией (курсив наш. – Л. С.), считаются неизменными» [264, с. 2). Однако подобные предписания – весьма скромная часть мусульманского права, большая часть норм (которого была введена в оборот правоведами на основе чисто логических, рациональных «приемов толкования (иджтихад). По признанию самих мусульманских исследователей, если Коран и сунна содержат все правила религиозного культа (ибадат), то норм взаимоотношений людей (муамалат), закрепленных этими источниками, очень мало по сравнению с нормативным составом мусульманского права в целом (см., например [476, с. 22-24]). Это значит, что большинство норм муамалат не связано непосредственно с божественным откровением и не имеет аналогов в системе мусульманских религиозных правил поведения. Главное их качество заключается в рациональной обоснованности и способности изменяться (развиваться) на это обстоятельство в той или иной форме обращают внимание многие современные мусульманские правоведы, которые, хотя в принципе и не отделяют ибадат от муамалат, но видят между ними существенные различия. Отмечается, в частности, что в отличие от правил культа и мусульманской догматики, большинство норм, регулирующих отношения между людьми, имеют логическую основу и могут изменяться во времени. Они допускают рациональное толкование (в том числе и применение по аналогии), поскольку с (помощью рациональных методов легко могут быть выделены лежащие в их основе «очевидные интересы» (см [446, с 86- 87; 448, с. 47]). Иногда такое различие распространяется даже на соотношение шариата и фикха. Например, по мнению Мустафы Ибрахима аз-Залами, если шариат в его основных нормах и предписаниях неизменен, то фикх, трактуемый как толкование предписаний Корана и сунны и их перевод в плоскость конкретных норм, (подвижен и изменчив. Другое различие заключается в том, что шариат как стабильная и основанная в целом на «божественном откровении» система догм и правил обязателен для всех, а фикх связывает только правоведа-муджтахида, который толкует положения Корана и сунны и формулирует на их основе юридические нормы [412, с. 5-6] В этой связи утверждение Р. Давида, что мусульманское право имеет не рациональную, а религиозную, (божественную основу [159, с. 394], выглядит очевидным преувеличением.

Оставляя пока в стороне вопрос о соотношении шариата, фикха и мусульманского права, отметим, что в приведенных выше суждениях мусульманских исследователей верно подмечена характерная особенность мусульманского права. Действительно, если бы все юридические нормы ислама (были неразрывно связаны с религией, «божественным откровением» и не имели само-

стоятельного существования, то они не могли бы развиваться, а это противоречит историческим фактам. Но можно согласиться и с тем, что шариат, в составе которого центральное место принадлежит мусульманской догматике и правилам религиозного культа, в глазах правоверных представляется чем-то неизменным, вечным и безусловно обязательным, поскольку выражает волю Аллаха. Фикх же воспринимается преимущественно итогом рационального творчества правоведов, которые переводили религиозные положения (Корана и сунны на язык практических юридических норм. Добавим, что даже общие принципы мусульманского права, которые рассматриваются в качестве его фундаментальной и неизменной части, по существу были разработаны правоведами на основе логических, рациональных приемов. Достаточно искусственно они привязывались к «божественному откровению». Их презюмируемый неизменный характер — лишь фикция, с помощью которой вводились совершенно новые правовые нормы, не имеющие ничего общего с исламом как религией. Рациональные пути развития мусульманского права рядились в религиозные одежды.

Разделение норм фикха на чисто культовые правила и нормы, регламентирующие поведение людей по отношению друг к другу, оправданно не только в целях познания и классификации. Оно коренится в реальной жизни, поскольку у обеих указанных категорий норм — несовпадающие закономерности исторического развития и разные сферы применения, каждая из них отличается своей спецификой регулирующего воздействия на поведение, наконец, они имеют различный статус в исламе и могут существовать относительно самостоятельно друг от друга. Данный вывод подтверждается многими фактами из истории распространения ислама и современного этапа общественного развития мусульманских стран. В частности, исследователи справедливо отмечают, что

Mycyльманское право. Вопросы теории и практики. Л. Р. Сюкияйнен filosoff.org ряд наций и этнических групп, принявших ислам в качестве религии (догматики и культа), в регулировании взаимоотношений индивидов продолжали придерживаться прежних социальных нормативов, (прежде всего обычаев, которые нередко прямо противоречили мусульманскому праву. Например, бедуины многих районов Аравии, берберы Северной Африки или исламизированные народы. Тропической Африки в своих внутри- и межплеменных отношениях весьма ревностно отстаивали приоритет древних обычаев и сопротивлялись попыткам распространить на них мусульманское право как систему юридических норм (см, например, [155, с. 95; 198, с. 223; 283, с. 70–71]). Подобный дуализм наблюдается вплоть до настоящего времени. Характерен в этом отношении пример Йемена, где мусульманское право традиционно применялось только в городах, а на территориях, занятых племенами (преимущественно в северных районах страны), «господствовали старые доисламские обычаи. Попытки имама Иахйи в 20-е годы XX в. обязать племена руководствоваться мусульманским правом ни к чему не привели, и государство было вынуждено смириться с автономией племен в вопросах права (см. [466]). Доисламские племенные социальные нормы были настолько прочны, что вскоре после завоевания независимости в НДРЙ был даже принят закон об уголовной ответственности за кровную месть. Имеются свидетельства сохранения этого обычая, противоречащего мусульманскому праву, даже в современном Египте - стране, которая одной из первых стала объектом арабо-мусульманских завоеваний (см. [649, 1984, № 5, c. 41]).

Живучесть племенных обычаев в противовес мусульманскому праву подтверждается и наличием судов обычного права в ряде мусульманских стран. Подобные суды наряду с судами кади сохранялись до конца 60-х годов в Ираке и до начала 70-х годов в НДРЙ, до сих пор они функционируют в Иордании, где действует даже законодательство, признающее (племенные обычаи источником права (аналогичное законодательство было принято в свое время в Ираке). Следует лри этом подчеркнуть, что догматическая и ритуальная части ислама воспринимались и воспринимаются племенами в указанные странах достаточно последовательно, хотя и подвергаются определенному влиянию местных традиционных религиозных верований. Сказанное может быть отнесено и к ряду стран Африки, где значительная часть населения исповедует ислам. Здесь действие многих институтов мусульманского права ограничивается или даже полностью исключается местным обычным правом (см., например, [275, с. 49–50; 276, с. 19]). Во многом сходное положение сложилось в Индонезии и ряде других стран Юго-Восточной Азии, где местные обычаи (адат) исключают действие многих норм мусульманского отрава и даже влияют на ритуально-догматическую сторону ислама («адатный ислам») (см. [1186, с 116, 37, 55-56]).

Самостоятельность мусульманского права как юридического явления и его относительная независимость от религиозных предписаний ислама подтверждаются также анализом его реализации. Известно, что для мусульманского права характерно преобладание религиозного принципа применения: оно действовало прежде всего во взаимоотношениях мусульман. Данный принцип в целом сохраняется и в наши дни. Например, брачно-семейные нормы мусульманского права распространяются исключительно на мусульман и не применяются другими религиозными конфессиями. Предусматриваемая уголовным законодательством Марокко и Иордании ответственность за несоблюдение поста во время рамадана касается только мусульман, а по Уголовному кодексу Северной Нигерии по мусульманскому праву могут быть наказаны только последователи ислама.

Вместе с тем религиозный принцип применения мусульманского права никогда не проводился в жизнь без изъятий, последовательно и безусловно. С самого возникновения ислама и становления мусульманского государства многие нормы мусуль-

майского права распространялись и та немусульман. Это относится, например, к государственному праву или к положениям, устанавливающим налоги на немусульманское население. Другим случаем является подчинение нормам мусульманского права немусульманки, вышедшей замуж за мусульманина. Наиболее нагляден отход от религиозного принципа при применении норм «личного статуса», которые традиционно рассматриваются в тесной связи с вероисповеданием лица. Так, в настоящее время мусульманско-правовые нормы относительно завещания, наследования, ограничения правоспособности, вакуфного имущества в большинстве арабских стран распространяются и на немусульман.

Применение мусульманского права в случае молчания гражданского законодательства также не учитывает религиозной принадлежности сторон. Нормы современного мусульманского уголовного права в Саудовской Аравии, Судане, Иране, Ливии и некоторых других странах также применяются ко всем гражданам соответствующих стран вне зависимости от их вероисповедания (в

Мусульманское право. Вопросы теории и практики. Л. Р. Сюкияйнен filosoff.org Судане это явилось причиной массового недовольства жителей юга страны, не принявших ислам). В Кувейте с 1982 г. запрет на употребление спиртных напитков распространен даже на иностранные дипломатов. Представляется, что закрепление норм мусульманского права в принимаемых государством законах и их распространение на всех граждан не могли бы иметь места, если бы мусульманское право не являлось системой юридических норм, обладающих относительной самостоятельностью по отношению к религиозным постулатам ислама.

Имеются и другие свидетельства того, что на практике мусульманское право отнюдь не всегда действует в неразрывном единстве с религиозными предписаниями ислама. Например, принятый в Пакистане закон о закате и утре основан на выводах суннитских толков, но он распространяется и на шиитское население страны, которое относится к нему как к противоречащему принятым в шиитском исламе религиозным нормам. Своеобразная ситуация сложилась и в Египте, где большинство населения в повседневных отношениях придерживается шафиитского толка, а воспринятые законодательством страны нормы мусульманского права заимствованы из произведений правоведов-ханифитов. Учитывая это обстоятельство, вполне правомочно допустить, что в условиях несовпадения официально санкционированного и признаваемого большинством населения правовых толков могут возникать коллизии между правовой нормой (нормой законодательства) и религиозным предписанием по конкретному вопросу. Нередки случаи, когда мусульманское право действует практически вообще вне зависимости от применения религиозных предписаний ислама (прежде всего культовых норм), или, наоборот, религиозные правила поведения соблюдаются, а право не испытывает серьезного влияния ислама. Так, согласно имеющимся данным, в развитых мусульманских

странах доля населения, неукоснительно выполняющего все ритуальные предписания ислама, достаточно мала, а законодательство включает целый ряд норм «и институтов мусульманского права, которые тем самым приобретают общеобразовательный характер.

Можно привести и факты противоположного характера. Ярким примером здесь является Турция, где мусульманские культовые нормы продолжают действовать достаточно широко, а правовая система вообще лишена каких-либо следов влияния мусульманского права. В определенном смысле сравнимая ситуация имеется и в советских республиках Средней Азии и других районах нашей страны, где часть местного населения продолжает исповедовать мусульманскую религию и исполнять соответствующие ритуалы, в то время как действующее право не имеет ничего общего с мусульманским правом. Но в то же время там же до сих пор сохраняются определенные мусульманские по своему происхождению нормы, действующие в форме обычаев, причем даже среди тех слоев населения, которые практически порвали с исламом как религией. Обращает на себя внимание тот факт, что многие мусульманские правоведы видят вполне отчетливые различия между нормами мусульманского права как юридического явления, с одной стороны, и чисто религиозными требованиями ислама и освященными им нравственными нормативами — с другой. Правда, они проводят грань между различными системами норм не по линии их связей с государством или на основе выполняемых ими функций в механизме социального регулирования (например, нацеленности на удовлетворение определенных классовых интересов). Вместе с тем они оперируют достаточно надежным и юридически значимым критерием - характером санкций, которыми обеспечивается реализация той или иной разновидности норм. В частности, подчеркивается, что даже в Коране имеются две трупы норм, одна из которых снабжена «земными» санкциями, а вторая — «потусторонними» Так, закрепленные им правила, касающиеся брака и развода, наследования, доказательств, обязательны для судов, которые в случае их нарушения применяют «земное» наказание. Эти нормы мусульманские юристы относят к собственно правовым. что же касается иных (правил поведения, за несоблюдение которых Коран предусматривает не судебную (правовую) ответственность, а «потустороннюю» кару, то они носят характер религиозных или чисто моральных нормативов. При этом справедливо подчеркивается, что «такое четкое разграничение правовых и моральных норм в Коране не всегда возможно» [414, с. 59]. Определение понятия мусульманского права в его соотношении с неправовыми нормами ислама предполагает анализ нескольких взаимосвязанных вопросов. Прежде всего необходимо исходить из того, что все сформулированные Кораном и сунной правила поведения как таковые выступают религиозными, а не правовыми нормами. Они составляют неотъемлемую часть ислама «как религии, участвуют в реализации функций мусульманской религиозной системы в качестве ее нормативной основы и обеспечены религиозными санкциями. Причем все религиозные нормы в комплексе подкреплены религиозной санкцией общего характера, выступающей ответственностью правоверного за грех - отступление от религиозно-нормативных предписаний.

Мусульманское право. Вопросы теории и практики. Л. Р. Сюкияйнен filosoff.org Так, согласно Корану, жизнь человека находится под постоянным контролем Аллаха, который оценивает каждый поступок с точки зрения его соответствия религиозным предписаниям (нормам). В нем неоднократно подчеркивается, что Аллах видит все, что делают люди (II, 31/33, 104/110, 109/115 и др.), от него «не скрыто ничто на земле и на небе» (III, 4/5; X; 62/61). Относительно ответственности за нарушение установленных правил поведения в Коране говорится: «Бойтесь же Аллаха и знайте, что к Нему вы будете собраны!» (II, 199/203). В день суда Аллаха «всякой душе (будет уплачено сполна за то, что она приобрела...» (II, 281) ей будет предъявлена книга с записью ее дел, против грешников будут свидетельствовать их собственные «слух, зрение и кожа о том, что они делали» (XLI, 19/20). После суда грешники попадут в огонь, праведники — в рай (III, 182/185). Все религиозные нормы ислама, (которые составляют элемент религиозной, а не правовой системы, можно, на наш взгляд, разделить на две основные группы. Первую составляют культовые правила поведения (ибадат), регулирующие порядок омовения, совершения молитвы и паломничества, соблюдение поста, уплату заката и т. п. Вторая представлена закрепленными Кораном и сунной нормами поведения людей в их взаимоотношениях во внецерковной сфере (муамалат и ахлак), многие из которых, помимо общей санкции, обеспечиваются и конкретной мерой ответственности за их нарушение. В этом отношении данная категория предписаний включает несколько разновидностей норм: правила поведения, поддерживаемые чисто религиозными санкциями, сводящимися к наказанию их нарушителей в потустороннем мире (например, «геенна огненная» грозит отступникам от ислама); нормы, обеспечиваемые религиозной санкцией, применяемой в земной жизни (например, наказание неумышленного убийства религиозным искуплением - обязательным соблюдением поста в течение определенного срока); правила поведения, гарантированные «земной» ответственностью, не имеющей прямой связи с религиозной совестью нарушителя и по своему содержанию совпадающей с общепринятыми видами юридических санкций (применение за прелюбодеяние телесного наказания); нормы, нарушение которых влечет как чисто религиозную, «божественную», кару, так и «земную» ответственность (например, лицо, совершившее умышленное убийство, «попадает в геенну», а до этого подлежит смертной казни). Однако в любом случае, вне зависимости от применения к нарушителю «земного» наказания, он рассматривается как грешник, преступивший религиозную норму, и в силу этого несет ответственность в загробной жизни. Неотвратимость религиозного «потустороннего» наказания отличительная черта гарантированности мусульманских религиозных норм. Следует подчеркнуть, что все эти нормативы сами по себе являются чисто религиозными и составляют элемент, нормативную основу ислама как религиозной системы. Вопреки мнению мусульманских юристов и многих советских исследователей, Коран и сунна сами по себе не содержат правовых норм: там имеются лишь религиозные правила поведения (другое дело, что некоторые из них явились источниками норм мусульманского права). Они не входят в правовую надстройку и не включаются непосредственно в состав мусульманского права как системы юридических норм. В месте с тем, было бы неверным утверждать, что между религиозными нормами ислама и мусульманским правом нет никакой связи. Такая связь прослеживается прежде всего в совпадении по своему содержанию многих правил поведения, формулируемых как религиозными нормами ислама, так и мусульманским правом, что объясняется приданием целому ряду религиозных норм характера правовых правил поведения путем их санкционирования в той или иной форме государством. Примером такого совпадения может служить норма, позволяющая мусульманину одновременно состоять в браке с четырьмя женщинами. Закрепленное в Коране, это правило выступает религиозной нормой. Бели же она санкционируется государством (например, фиксируется в законе или фактически защищается судом), то «порождает» соответствующую правовую норму, становится ее источником. Складывающаяся таким образом на основе религиозной нормы норма юридическая является уже элементом правовой надстройки, а система таких норм составляет существенную часть нормативного состава мусульманского Оформление мусульманского права в ходе санкционирования государством

религиозных норм имело свои особенности в зависимости от характера получивших официальное признание предписаний Корана и сунны, в частности их санкций. Можно различать два основных варианта такого санкционирования, соответствующие двум разновидностям религиозных нормативов. К первой из них относятся религиозные нормы, за несоблюдение которых Кораном и сунной установлены вполне определенные санкции, напоминающие соответствующие юридические и поэтому вполне пригодные для их применения государственными органами. В их числе нормы, предусматривающие ответственность за убийство (смертная казнь), прелюбодеяние (телесное наказание в виде 100 ударов),

Мусульманское право. Вопросы теории и практики. Л. Р. Сюкияйнен filosoff.org ложное обвинение в прелюбодеянии (телесное наказание 80 ударами), кража

ние руки), разбой (отсечение руки и (или) ноли, либо распятие), бунт (смертная казнь) и др. Снабжение части религиозных норм подобными санкциями с религиозной точки зрения предполагало наличие определенного механизма, отвечающего за их применение, неукоснительное «земное» наказание нарушителей — грешников. Суннитская мусульманско-правовая доктрина отводила эту роль государству, часть функций которого рассматривалась в качестве религиозных. В их число включалось применение предусмотренных (Кораном и сунной точных мер ответственности за несоблюдение установленных ими норм. На практике мусульманское государство нередко действительно выполняло предписанную ему роль, участвуя тем самым в выполнении одной из функций религиозной системы— регулятивной, путем обеспечения реализации религиозных правил поведения. Иначе говоря, мусульманское государство в этом качестве выступало элементом (институтом) самой религиозной системы, равно как отдельные мусульманские религиозные институты — муфтий, кади являлись частью государственного механизма. Применение религиозной санкции было делом государства и предшествовало наказанию грешника в загробном мире. Вместе с тем, когда определенная религиозная норма применялась и защищалась государством, она приобретала качество правового правила поведения, точнее, становилась источником совпадающей с ней правовой нормы. А применение государствам установленной в Коране или сунне санкции означало придание данной правовой норме и соответствующей юридической санкции. частным вариантом такой ситуации могло быть применение государством типично религиозного, хотя и «земного», наказания — религиозного искупления. В этом случае, поскольку санкцию применял государственный орган, она становилась правовой, совпадающей по содержанию с религиозной. Возникает вопрос: сливаются ли при этом религиозная и правовая нормы, выступая в синкретной форме единой «религиозно-правовой» нормы, или продолжает действовать только одно религиозное предписание (а государство в данном случае выполняет исключительно функции религиозного учреждения), или оно целиком уступает место правовой норме, преобразуясь в нее, растворяясь в ней и теряя качество религиозного правила поведения, или параллельно функционируют две нормы – религиозная и правовая, каждая из которых представляет различные системы социально-нормативного регулирования с характерными для них предметами регулирования, механизмами действия, ответственностью. По нашему мнению, применение государством сформулированных в Коране или сунне норм, в том числе предусмотренных ими мер «земной» ответственности (включая и религиозные), означает, что в регулировании данного общественного отношения участвуют в принципе две нормы — религиозная и правовая. Причем первая является источником второй. Правда, когда содержание обеих норм и их санкции полностью совпадают и фактически реализуются, их различие теряет практический смысл. В этом случае религиозная и правовая нормы внешне выступают в слитном виде, принимают синкретную форму. Однако, даже если исходить из внешне синкретного характера таких единых «религиозно-правовых» норм, к мусульманскому праву они могут быть отнесены только в той мере, в которой выступают в качестве правовых, той стороной, которая свидетельствует об их юридическом характере. За внешней оболочкой единого религиозно-правового правила поведения скрыты две, хотя и тесно взаимодействующие между собой нормы. Дело в том, что если правовые нормы как таковые обеспечиваются формами ответственности, связанными с фактами реальной действительности, то многие религиозные нормы предполагают как бы два вида санкций, одна из которых должна быть применена в «земной» жизни, а другая — в «загробной». Это обнаруживается, например, в том, что вне зависимости от применения «земной» санкции (религиозной и в то же время правовой) государством, нарушителя нормы Корана как грешника в любом случае ждет небесная кара. Перспектива загробного наказания, хотя порой и не оказывает существенного влияния на конкретное поведение мусульманина, но в целом является важной стороной социально-психологического механизма действия религиозных норм, в отличие от правовых правил поведения. Такое различие становится еще (более отчетливым, когда «земная» ответственность (в том числе и юридическая) по каким-либо причинам не наступает. В этом случае, как подчеркивают мусульманские ученые-юристы, если правовая и «земная» религиозная санкции не применяются, то нарушитель-грешник не может избежать божественной кары в загробной жизни. Примером может служить норма Корана, запрещающая употребление спиртных напитков. В настоящее время во многих мусульманских странах она остается чисто религиозным правилом поведения, которое не является источником (соответствующей правовой нормы. Поэтому нарушитель данного предписания с точки зрения мусульманской религии считается грешником, которого ждет небесное наказание, но не является

```
правонарушителем, поскольку в праве отсутствует норма, предусматривающая
наказание за употребление алкоголя, а государство относится к нему в
юридическом смысле безразлично
При анализе соотношения религиозных и правовых норм в исламе следует иметь
в виду, что количество религиозных предписаний, явившихся источниками
соответствующих юридических правил поведения, санкции которых полностью
совпадают по содержанию с «земными» религиозными мерами наказания
(божественная кара остается, естественно, исключительно религиозной),
относительно невелико. Значительно чаще предусмотренные в Коране или сунне
наказания за нарушение
установленных ими норм, став прототипом юридических санкций, уточнялись,
конкретизировались и даже существенно корректировались государством на
основе выводов мусульманско-правовой доктрины. Например, за прелюбодеяние
как правонарушение применялось не только телесное наказание, совпадавшее с
религиозной санкцией, но в некоторых случаях и забивание камнями до смерти,
что не было предусмотрено в Коране. При умышленном убийстве смертная казнь
заменялась, как правило, выкупом за кровь.
Последний пример подтверждает, что религиозная и сформировавшаяся на ее
основе «правовая норма, регулировавшие сходные отношения, могли полностью и
не совпадать по содержанию закрепляемого ими правила поведения. Ведь за
умышленное убийство и телесные повреждения Кораном, по существу,
допускается кровная месть и наказание по принципу талиона, а мусульманское
право, отвергая применение этих норм ответственности, настаивало на уплате
выкупа и лишь в крайних случаях допускало смертную казнь.
Другим примером может служить неполное совпадение религиозной и правовой
норм, устанавливающих ответственность за неумышленное убийство. Если
религиозный императив требовал наложения на убийцу религиозного наказания,
то мусульманское право кроме того требовало применения санкции,
устанавливаемой судом с учетом выводов мусульманско-правовой доктрины.
Последней отводилась особо важная роль в толковании нормативных предписаний
Корана, выраженных в очень туманной, неясной форме. Например, положение Корана: «И если бы два отряда из верующих сражались, то примирите их. Если
же один будет несправедлив против другого, то сражайтесь с тем, который
несправедлив, пока он не обратится к велению Аллаха. А если он обратится
то примирите их по справедливости и будьте беспристрастны: ведь Аллах любит беспристрастных!» (XLIX, 9) — толковалось как установление нормы, требующей
наказания бунтовщиков смертной казнью.
Глава II. ИСТОЧНИКИ И СТРУКТУРА МУСУЛЬМАНСКОГО ПРАВА
Доктрина - основной источник мусульманского права
Учение об источниках относится к числу наиболее разработанных в науке мусульманского права и отличается большим своеобразием. Как уже отмечалось,
мусульманские исследователи выделяет в составе мусульманского права две
группы взаимосвязанных норм, первую из которых составляют юридические предписания Корана и сунны (собрания имеющих правовое значение преданий
хадисов - о поступках, высказываниях и даже молчании пророка Мухаммада), а
вторую - нормы, сформулированные мусульманско-правовой доктриной на основе
«рациональных» источников, прежде всего единогласного мнения (иджма)
наиболее авторитетных (правоведов - муджтаждов и факихов - и умозаключения
по аналогии (кийас).
В качестве основополагающих рассматриваются нормы первой группы, особенно
те, которые зафиксированы в Коране. Для характеристики Корана как источника
мусульманского права важно иметь в виду, что среди его норм, регулирующих
взаимоотношения людей, заметно преобладают общие положения, имеющие форму отвлеченных религиозно-моральных ориентиров и дающие простор для толкования
правоведами. Что же касается немногочисленных конкретных правил поведения,
то большинство их возникло по частным случаям при решении Пророком конкретных конфликтов, оценке им отдельных фактов или в ответ на заданные
ему вопросы. Преобладающая часть нормативных предписаний сунны также имеет
казуальное происхождение (см., например [219, с. 69; 335, с. 141 – 142; 340, с. 11, 14, 15, 23–24; 343, с. 108; 411, с. 26; 471, с. 12]). После смерти Мухаммада в 632 г. вплоть до начала VIII в. развитие
мусульманского права продолжало идти главным образом казуальным путем[1].
Считается, что четыре «праведных» халифа — Абу Бекр, Омар, Осман и Али,
(правившие в 632- 661 гг., как и другие сподвижники Пророка, решая
конкретные опоры, обращались к Корану и сунне. В случае же молчания
последних они формулировали новые правила поведения на основе
расширительного толкования этих источников, а еще ча-
ще опираясь на различные рациональные аргументы. Причем вначале решения по
не урегулированным Кораном и сунной вопросам выносились сподвижниками по
единогласному мнению, формировавшемуся после консультаций с их соратниками
и крупнейшими правоведами. Вместе с положениями Корана и сунны эти правила
```

Мусульманское право. Вопросы теории и практики. Л. Р. Сюкияйнен filosoff.org

Mycyльманское право. Вопросы теории и практики. Л. Р. Сюкияйнен filosoff.org стали нормативной основой для решения дел мусульманскими судьями - кади. Одновременно за каждым из сподвижников Пророка было признано право на самостоятельное формулирование новых правил поведения на основе собственного усмотрения. Такие нормы в дальнейшем получили название «высказывания сподвижников» [335, с. 154; 471, с. 57]. Предписания Корана и сунны, а также казуально-нормативные решения сподвижников Пророка и их первых последователей теоретически рассматриваются в качестве основы мусульманского права в целом и любой из его отраслей. Отдельные советские авторы высказываются еще более определенно и утверждают, что основные нормы мусульманского права содержатся в сунне [267, с. 16]. Такая оценка, на наш взгляд, является преувеличением. Более убедительной представляется точка зрения арабских ученьях, которые отмечают, что в Коране и сунне содержатся очень немного конкретных норм мусульманского права - не более десятка норм государственного и уголовного права, столько же правил, регулирующих обязательства, и т.п., по большинству же воправов, требующих нормативной регламентации, эти источники хранят молчание [340, с. 24; 4111, с. 23–25; 471, с. 59–60]. Аналогичную позицию занимают авторитетные буржуазные правоведы. Так, крупный французский компаративист Р. Давид утверждает, что «положения юридического характера, которые содержит Коран, недостаточны для того, чтобы составить кодекс» [169, с. 388]. По мнению известного исламоведа Р. Шарля, Пророк оставил слабо разработанные основы мусульманского права, поскольку в Коране и сунне нет какой-либо исходной правовой теории. Французский исследователь справедливо обращает внимание на то, что в Коране установлены лишь исходные начала шариата [319, с 11, 15]. С течением времени все отчетливее ощущалась недостаточность конкретных предписаний Корана и сунны, а также нормативных решений сподвижников Пророка. Эти разрозненные и не (представляющие единой системы правила поведения сами по себе в дальнейшем не могли обеспечить необходимой нормативной регламентации изменяющихся общественных отношений в мусульманском государстве — халифате. Поэтому, начиная с VIII в., главную роль в ликвидации пробелов и приспособлении положений указанных источников к потребностям общественного развития постепенно взяли на себя правоведы основатели правовых школ-толков и их последователи. К началу VIII в. мусульманско-правовая доктрина только начинала складываться, а до того времени не могла играть сколько-нибудь заметной роли в качестве источника действующего права. Первым же шагам на пути ее возникновения явился рай — относительно свободное усмотрение, которое применялась при толковании Корана и сунны и формулировании новых правил поведения в случае молчания этих источников. (см. [138; 372, с. 109, 163–164; 473, с. 306]). Данный принцип получил нормативное закрепление в знаменитом предании о разговоре Пророка с его сподвижником Муазом, назначенные наместником в Йемен. «По чему ты будешь судить?» — сказал Мухамад. «По (писанию Аллаха»,— отвечал Муаз. «А если не найдешь?»— спросил Пророк. «По сунне посланника Аллаха»,— сказал Муаз. «А если не найдешь?» — вопрошал Пророк. «То вынесу решение по своему усмотрению»,— сказал Муаз. «Хвала Аллаху, который наставил посланника Аллаха на путь, угодный его посланнику!»— воскликнул Пророк. Это предание толкуется мусульманскими правоведами как поощрение Пророком решения судебных споров на основе собственного усмотрения судьи по вопросам, не урегулированным в Коране и сунне (см., например, [27, с. 174; 57, с. 66–67]). Мусульманские ученые юристы часто приводят и другое предание, свидетельствующее о том, что Пророк всячески поощрял иджтихад свободное усмотрение судьи в случае молчания общепризнанных источников мусульманского права. По этому преданию, Мухаммаду принадлежат следующие слова: «Если судья вынес решение по своему усмотрению и оказался прав, то он должен быть вознагражден вдвойне, а если он судил по своему усмотрению и ошибся, то ему причитается вознаграждение в однократном размере» [336, с. 36, 295; 372, с. 109, 140— 141]. Арабские исследователи единодушны в том, что примерно до конца Х в. мусульманские судьи пользовались значительной свободой в выборе решения по вопросам, не урегулированным Кораном, сунной, индивидуальными и единогласными решениями сподвижников Пророка. Иначе говоря, в то время судьи, как правило, были муджтахидами. Однако в такой роли выступали не только они: со временем функции иджтихада все чаще выполняли ученые-правоведы. Признанием их авторитета явилось то обстоятельство, что не только судьи, но и халифы при рассмотрении споров нередко обращались к ним за советами по сложным вопросам, в частности при толковании преданий о жизни Пророка, которые долгое время оставались несистематизированными. Именно ученые-правоведы спустя десятки лет после смерти Пророка составила авторитетные сборники хади-сов, признанные различными школами мусульманского права в качестве источников их выводов.

Уже в период правления Омара (634-644) у кади (появились советники из числа факихов, которые помогали им решать дела по вопросам, не урегулированным Пророкам, на основе консенсуса. В VIII-X вв. такая традиция мусульманского восудия не только поддерживалась, но и получила дальнейшее развитие Постепенно в теории мусульманского права утвердилась мнение, что судьей может быть назначено лицо, которое по не урегулированным Кораном и сунной вопросам принимает решения не по собственному усмотрению, а ориентируясь на, мнения факихов, обращаясь к ним за заключением — фетвой (см. [57, с 66, 336, с 36, 295, 372, с 109, 140–141]). С середины VIII в , когда в халифате начали складываться основные школы мусульманскою права, наступил новый этап формирования мусульманско-правовой науки — «период кодификации и имамов — основателей толков (махабов)», который длился около двух с половиной столетий и стал эпохой зрелости, «золотым векам» в развитии мусульманского права. Главным его итогом явилось возникновение различных направлений в толковании Корана и сунны, каждое из которых относительно автономно разрабатывало собственную систему правовых норм. Такое положение в конечном счете объяснялось историческими истоками мусульманского права – особенностями материальных и культурных условий его становления и развития. Основная объективная причина заключалась в заметных социально-экономических различиях районов огромного арабского халифата, где должно было действовать мусульманское право. Среди факторов идеологического порядка большое значение имело то, что, как уже отмечалась, основополагающие источники закрепили немного правил поведения, ставших правовыми Особое значение доктрины для развития мусульманского права объяснялось не только пробельностью и противоречивостью Корана и сунны, но и тем обстоятельством, что большинство содержащихся в них норм считались (имеющими божественное происхождение, а значит — вечными и неизменными. Поэтому теоретически они не могли быть просто отброшены и заменены нормативно-правовыми актами государства. В этих условиях мусульманские правоведы, исходя из предположения, что в основополагающих «источниках» имеются ответы абсолютно на все вопросы и задача сводится лишь к тому, чтобы их найти, разработали разнообразные приемы «извлечения» новых норм для решения вопросов, не урегулированных прямо Кораном и сунной. Мусульманское право потому и смогло выполнить свою историческую миссию, что не сводилось к немногочисленным предписаниям Корана и противоречивым хадисам, а опиралось на них в самых общих чертах как на свою идейно-теоретическую базу, черпая конкретное содержание из трудов юристов. Если первоначально не существовало строгих правил формулирования новых правил поведения, то впоследствии они были разработаны. Причем каждый из мусульманско-правовых толков создал свой набор методов юридической техники, позволявших вводить в оборот новые нормы в случае молчания основополагающих источников. Характерная особенность подобного пути развития нормативного содержания заключалась в том, что различные школы мусульманского права, используя собственные приемы, приходили в сходных ситуациях к несовпадающим решениям. Доктринальная разработка нормативного состава мусульманского права теоретически базировалась на уже упоминавшемся принципе свободы иджтихада. Практически он означал введение правоведами нескольких разновидностей норм. Прежде всего, толкуя общие предписания-ориентиры Корана и сунны, они придавали им юридический характер, формулировали на их основе конкретные судебные решения. Кроме того, со ссылкой на «необходимость», «интересы» общины, «пользу», изменение обычая или «основания» нормы они заменяли отдельные конкретные предписания Корана и сунны новыми правилами поведения. Иджтихад означал также возможность выбора среди противоречивых конкретных предписаний сунны и индивидуальных решений сподвижников пророка наиболее подходящего для данного дела. Наконец, в случае молчания указанных источников правоведы создавали новые нормы с помощью разнообразных логических приемов, которые мусульманско-правовая наука и называет «рациональными» источниками мусульманского права. В действительности это были не источники права, а способы толкования отдельных положений Корана, сунны или решений сподвижников Пророка, а также введения новых правил поведения в не предусмотренных там случаях. Источником таких новых норм выступала доктрина, формулировавшая их на основе указанных рациональных методов. Можно поэтому прийти к выводу, что наряду с Кораном, сунной и судебно-нормативными решениями сподвижников пророка (вынесенными индивидуально или на основе консенсуса) именно доктрина, вобрав в себя все так называемые «рациональные» источники, стала самостоятельным источником (внешней формой) мусульманского права в юридическом смысле. Более того, в рамках доктрины была созвана большая часть норм действующего мусульманского

Мусульманское право. Вопросы теории и практики. Л. Р. Сюкияйнен filosoff.org

права.

```
Мусульманское право. Вопросы теории и практики. Л. Р. Сюкияйнен filosoff.org
Бурное развитие иджтихада в VIII-X вв. и появление мазхабов фактически
закрепили положение доктрины в качестве ведущего источника мусульманского
права. Уже в середине VIII в. многие судьи стали придерживаться какого либо
одного толка, чаще всего того, которому отдавал предпочтение халиф или который пользовался наибольшей популярностью среди местного населения.
Правда, на протяжении по крайней мере еще двух столетий далеко не все кади
следовали строго определенному толку, предпочитая судить по собственному
усмотрению. Даже те из них, которые отказывались от права на иджтихад,
могли свободно менять свою привязанность в решении одних дел они применяли
выводы одного толка, а ери рассмотрении других прибегали к нормам,
предлагавшимся сторонниками другой школы права (см. [57, с 67, 223, с 176–186, 372, с 142, 473, с 312]). 
На рубеже X и XI вв. положение существенно изменилось. Иджтихад постепенно стал рассматриваться не как свободное усмотрение за пределами Корана и
сунны, а лишь как возможность выбора любой из школ мусульманского права. По
выводу большинства мусульманских исследователей, тогда век иджтихада
сменился веком таклида (букв. «подражания», «традиции»), означавшим, что в
случае молчания Корана и сунны судьи потеряли право выносить решения на
основе собственного правосознания и отныне должны были строго следовать
одной из признанных школ мусульманского права. Уже в конце Х в. правители
требовали от судей советоваться с учеными в отношении тех дел, по которым
они не в состоянии были вынести решения на основании Корана и сунны. И хотя
эти источники вместе с иджма, естественно, продолжали считаться
основополагающими и не подлежащими пересмотру, фактически кади уже не могли
прямо ссылаться на них, а были обязаны применять закрепленные в них нормы
только в том виде, в котором они интерпретировались определенным толком (см. [223, с. 191; 336, с. 37]). Не случайно общепризнанным в
мусульманско-правовой теории является вывод о том, что законодательная
власть в мусульманском государстве принадлежит муджтахидам, среди которых
главная роль отводится основателям крупнейших правовых школ и их наиболее
авторитетным ученикам и последователям (см., например, [473, с. 224-243]).
Правда, в отличие от суннитской концепции, шиитская правовая мысль
продолжала отстаивать свободу иджтихада. Но на практике и здесь
нормотворческие функции сконцентрировались в руках узкой группы
последователей классических шиитских толков, мнения которых считались
обязательными для простых мусульман-шиитов.
Итак, если в VII-VIII вв. источниками мусульманского права действительно
выступали Коран и сунна, а также иджма и «высказывания сподвижников», то
начиная с IX-X вв. эта роль постепенно перешла к доктрине. По существу
прекращение иджтихада означало канонизацию выводов основных школ мусульманского права, сложившихся к середине XI в. Вывод о том, что с этого
момента доктрина стала главным источником мусульманского права, разделяется
авторитетными арабскими и западными исследователями. Например, видный,
египетский ученый Шафик Шихата пишет: «Верно, что после оформления различных толков в эпоху Аббасидов (750—1258.— Л. С.) судья стал в принципе обращаться к произведениям, созданным факихами» [491, с. 10]. Р. Шарль
отмечает, что «исторически мусульманское право берет свое начало не
непосредственно из Корана, оно развивалось на основе практики, которая
часто отходила от священной книги, а высшая степень развития священного закона совпадает с появлением школ» [319, с. 28].
По мнению И. Шахта, «мусульманское право представляет собой замечательный
пример права юристов». Оно было созда-
но и разбивалось частными специалистами. Правовая наука, а не государство играет роль законодателя; учебники имеют силу закона» [614, с. 5]. На
данном обстоятельстве останавливается и Р. Давид: «Мусульманский судья не
должен толковать Коран: авторитетное толкование этой книги дано докторами
права, и именно на их труды может ссылаться судья» [159, с. 388]. Вполне обоснован и вывод А. Массэ о том, что «мусульмане не ведут судопроизводство по Корану» [219, с. 70]. Многие арабские исследователи также обращают
внимание на то, что труды муджтахидов имеют силу обязательных источников
для того, кто применяет нормы мусульманского права (см., например, [336. с. 34—35; 455, с. 17]).
Таким образом, значительное большинство конкретных норм мусульманского
права — итог его доктринальной разработки. Для их характеристики важно
иметь в виду, что мусульманские юристы долгое время не решались
формулировать обобщенные абстрактные правила поведения и предпочитали
искать решения по конкретным случаям. При этом они выполняли важную роль
приспособления общих предописаний-ориентиров и казуальных норм,
закрепленных в Коране и сунне, или индивидуальных решений сподвижников
Пророка к потребностям господствовавших в мусульманском государстве
социально-политических сил. Поэтому с наступлением «периода традиции»
```

```
Мусульманское право. Вопросы теории и практики. Л. Р. Сюкияйнен filosoff.org
развитие доктрины и, следовательно, системы действующего мусульманского
права не только не прекратилось, но продолжалось весьма активно в рамках
нескольких школ, за которыми нередко стояли вполне определенные
политические интересы.
В течение первых двух-трех веков «периода традиции» в целом завершилось
формирование мусульманского права, которое стало практически правом той или иной школы. Как верно замечает Р. Шарль, с расширением арабских завоеваний
«единое мусульманское право уступило место целому ряду мусульманских прав»
[319, с. 11]. Термин фикх, который первоначально использовался для
обозначения мусульманско-правовой доктрины, спал применяться и в «отношении
самого мусульманского права в объективном смысле. Важно при этом иметь в
виду, что с наступлением «периода традиции» решения муджтахидов, которые
ранее выносились по конкретным делам, приобрели характер своего рода
судебных прецедентов, т. е. стали правовыми нормами. Превращению
индивидуальных предписаний правоведов в нормы мусульманского права в
значительной мере способствовало и санкционирование доктрины государством,
которое выражалось в назначении судей и наложении на них обязанности
рассматривать и решать дела на основании учения, определенной школы. Так, в
начале XVI в. султан Селим I издал указ о применении судьями и муфтиями
Османской империи только выводов ханифитского толка.
Доктринальная разработка мусульманского права, затрудняя его
систематизацию, вместе с тем придавала ему извест-
ную гибкость, возможность развиваться. Причем роль ученых-юристов в этом
процессе исторически постепенно возрастала: если на ранних ступенях своего
становления мусульманско-правовая доктрина в основном занималась поисками
конкретных правил поведения на основе толкования Корана и сунны, а затем
приступила к строгой систематизации рациональных приемов «извлечения» из
них новых правовых норм, то по мере усиления неопределенности и
запутанности выводов многочисленных толков и необходимости регулировать
вновь возникающие общественные отношения, она сосредоточила свои основные
усилия на разработке методологической и общетеоретической основы
мусульманского права. Такая необходимость была связана с там, что различные
школы-толки при общности отправных позиций формулировали несовпадающие
нормы при решении сходных вопросов.
Однако даже на уровне одной школы сосуществуют самые разнообразные, порой взаимоисключающие правила поведения. Такое положение сложилась как
закономерный итог исторической эволюции фикха и отражало характер его
источников. Дело в том, что развитие мусульманского права не шло по пути
формулирования общих абстрактных норм, последовательной замены одних правил
поведения другими или же придания общеобязательной силы конкретным судебным
решениям. Особенностью структуры мусульманского права является то, что осе
выводы одной школы, содержащиеся в канонизированных трудах юристов, признаются в равной степени действительными, хота и могут противоречить друг другу. Прямая отмена пережиточных норм, пусть даже не соответствующих
новым общественным потребностям, теоретически не допускалась в рамках «религиозно-правовой» системы. В этих условиях со временем мусульманское
право превратилось в собрание огромного множества возникших в различных
исторических ситуациях разнообразных норм, в большинстве случаев формально
не определенных. Причем все положения данного толка были обязательны для 
судей и муфтиев, задача которых заключалась в выборе нужной нормы, находя
из «условий, места и времени». Поэтому даже официальное санкционирование
государством выводов определенной правовой школы не означало установления
системы формально определенных, единообразных норм. Мусульманское право давало широкий простор для судейского выбора. Не случайно вплоть до
настоящего времени при закреплении его норм в современном законодательстве
сохраняется возможность выбирать из множества противоречивых .предписаний
те, которые наилучшим образом отвечают интересам социально-политических
сил, стоящих у власти в той или иной мусульманской стране.
Таким образом, фактический плюрализм школ дополнялся неопределенностью
самих толков и наглядно проявлялся в невозможности заранее предсказать
выбор среди множества про-
тиворечивых норм. Разобраться в многочисленных вьюодах той или иной школы и
отыскать нужное правило стоило труда даже наиболее авторитетным
мусульманским судьям и муфтиям. В этих условиях на передний план
закономерно стала выдвигаться общетеоретическая основа мусульманского
права. Такой вывод подтверждается, например, широким использованием
мусульманскими правоведами в средние века обычаев, категории «интереса» и
юридических стратагем для приспособления мусульманского права к постоянно
```

изменяющимся социальным условиям.

Но наиболее заметным в этой области достижением явилось формулирование принципов правового регулирования, своего рода «общей части» мусульманского Страница 15

Mycyльманское право. Вопросы теории и практики. Л. Р. Сюкияйнен filosoff.org права, которая рассматривалась как исходный пункт при применении любой конкретной правовой нормы. Современные мусульманские исследователи отмечают, что такие общие принципы не содержатся в каких-либо определенных стихах Корана или преданиях, а были выработаны правоведами на основе толкования всех источников мусульманского права и анализа практики его конкретных норм (см, например, [332, ч 1, с. 185]). Иначе говоря, если вначале мусульманские юристы конкретизировали отвлеченные религиозно-нравственные ориентиры Корана и сунны в индивидуально-нормативных решениях правового характера (наряду с «применением конкретных норм, закрепленных этими источниками), то позднее в связи с необходимостью дальнейшего совершенствования механизма реализации мусульманского права на основе толкования его казуальных предписаний они сформулировали общие юридические принципы этой правовой системы. Не случайно первоначально это делалось с единственной целью лучшего понимания норм мусульманского права и, главное, выбора наиболее подходящих для конкретных дел решений из богатого арсенала противоречивых правил (см. [331, ч. 2, с. 1184—185, 229; 343, с. 290; 468, с. 48—49; 469, с. 199—222; 471, с. 54—56]). Вполне понятно поэтому, что такие принципы в целом были едины для всех толков. Их появление явилось кульминационным моментом в развитии теории и практики мусульманского права. С этого времени в его структуре произошли заметные изменения: особое место в ней заняли нормы-принципы, которые стали рассматриваться доктриной как такой элемент системы мусульманского права, который стоит выше любой из его

отраслей. Например, в отличие от обычных норм, сформулированных муджтахидами, и даже отдельных положений Корана и сунны, данные принципы, также являющиеся результатом иджтихада, не могут быть пересмотрены. Все это подтверждает вывод о том, что основным источником мусульманского права выступала доктрина. Ведь, если часть конкретных норм и была закреплена в Коране и сунне, то принципы, составляющие его самую стабильную часть, были выработаны учеными-юристами. Следует, однако, иметь в виду, что в средние века доктрина являлась ведущим, но не единственным источником мусульманского права. Согласно

мусульманско-правовой теории, высшие государственные органы могли пользоваться ограниченными законодательными полномочиями по вопросам, не урегулированным Коранам и сунной. Такая нормотворческая практика халифов и султанов получала название «правовой политики». Изданные на ее основе нормативные акты после одобрения верховным муфтием (шейх уль-исламом в Османской империи), если они не противоречили общим положениям шариата, включались в состав мусульманского права. Фактически многие такие акты закрепляли уже сформулированные ранее правоведами нормы, либо вводили новые. Но в любом случае они становились источником мусульманского права наряду с доктриной. К актам «правовой политики» примыкали и нормативные решения верховного муфтия, который включался в структуру высших органов мусульманского государства. Его фетвы также являлись источниками отдельных норм фикха.

Начиная соавтором половины XIX в., в положении мусульманского права в целом и его источников произошли серьезные изменения. Они были связаны прежде всего с тем, что в правовых системах наиболее развитых мусульманских стран фикх постепенно уступил ведущие позиции законодательству, основанному на рецепции западноевропейских образцов. Наряду с этим существенное влияние на соотношение источников «мусульманского права оказала проведенная в 1869-1877 гг. кодификация ряда его отраслей и институтов «путем издания Маджаллы (текст см. [26]) — своего рода гражданского и процессуального кодекса Османской империи, который действовал в ряде арабских стран до середины ХХ в. в Ливане, Иордании и Кувейте отдельные его нормы (продолжают применяться и в настоящее время).

Маджалла явилась первым и пока единственным актом, закрепившим в широких масштабах нормы мусульманского права в виде государственного закона. При его подготовке за основу были взяты известные произведения представителей ханифитской школы мусульманского права, в частности Ибн Нуджайма и Абу Сайда ал-Хадеми. Такой выбор не был случайным, поскольку, начиная с XVI в., данный толк являлся официальным в Османской империи.

Для соотношения источников действующего мусульманского права, сложившегося с изданием Маджаллы, особое значение имели две статьи кодекса: ст. 14 запрещала иджтихад по вопросам, с достаточной полнотой урегулированным нормами закона, а ст. 1801 предусматривала, что если имеется распоряжение султана о применении по какому-либо вопросу выводов определенного толка мусульманского права «как наиболее соответствующего времени и интересам народа», то судья не вправе решать дело по иному толку. Иначе говоря, подчеркивался обяза-

тельный характер этого закона для всех правоприменительных органов

Мусульманское право. Вопросы теории и практики. Л. Р. Сюкияйнен filosoff.org (известно, что в средние века кади нередко игнорировали указы султана). Лишь в случае его молчания судам разрешалась прибегать к выводам хаеифитской мусульманско-правовой доктрины [491, с. 19, 90]. В этой связи подчеркнем, что Маджалла не касалась семейных отношений, наиболее подробно регулируемых шариатом, которые в соответствии с принципом свободы веры и «персонального права» приверженцев многочисленных сект и толков продолжали регулироваться разными школами мусульманского права в традиционной форме доктрины.

Примерно в то же время, когда вступала в силу Маджалла, в Египте была предпринята серьезная попытка кодифицировать право «личного статуса»: крупному ученому и государственному деятелю Мухашладу Кадринпаше (1821—1888) власти поручили составить проект закона, посвященного данной области общественных отношений. Подготовленный им в 1875 г. доктринальный вариант кодекса представлял собой свод положений мусульманского права ханифитского толка относительно «личного статуса» и в форме нормативно-правового акта предусматривал регулирование всех основных институтов данной отрясли.

Проект Мухаммада Кадрипаши не был введен в действие как официальный закон, но фактически применялся в Египте до 20-х годов нынешнего столетия, когда здесь появилось первое семейное законодательство. В Тунисе аналогичную роль играл доктринальный вариант семейного кодекса, составленный в 1899 г. Д. Сантилланой, а в Алжире мусульманские суды при решении семейных дел широко пользовались сводом норм маликитского толка мусульманского трава, подготовленным в 1916 г. М. Моранам.

В начале XX в. в мусульманских странах были приняты первые кодифицированные акты и в сфере «личного статуса». В настоящее время л большинстве из них (Египет, Алжир, Сирия, Ирак, Ливан, Тунис, Иордания, Сомали и др.) мусульманское право сохраняет за собой роль регулятора именно этой отрасли, в которой, как правило, действуют изданные государством нормативно-правовые акты, закрепляющие соответствующие принципы и нормы фикха. Кроме того, основанное на рецепции мусульманско-правовых норм законодательство регулирует здесь правовой режим вакуфного имущества, некоторые вопросы правоспособности, отдельные (виды сделок (например, дарение). Единичные нормы, имеющие мусульманское происхождение, включаются также в уголовное, гражданское, процессуальное законодательство.

В другой группе рассматриваемых стран (к ней можно отнести Саудовскую Аравию, ИАР, государства Персидского зализа, Ливию, Иран, Пакистан, Судан) сфера действия мусульманского права более значительна и нередко охватывает не только «личный статус», но и уголовное право и процесс, некоторые виды финансово-экономических отношений и даже отдельные институты государственного права. В правовых системах некоторых из них (например, Омана и отдельных княжеств Персидского залива) мусульманское право в форме доктрины продолжает играть ведущую роль, а в других наблюдается тенденция к включению его норм ѕо вновь принимаемое законодательство. Причем, если в ЙАР, начиная с середины 70-х годов, вступил в силу целый ряд законов, закрепивших нормы фикха, которые ранее применялись в форме доктрины, то для правовых систем Ливии, Ирана, Пакистана и Судана в последнее десятилетие характерно усиление влияния фикха, проявляющееся в широком законодательном закреплении мусульманско-правовых норм в тех отраслях, где они до этого не действовали.

Такие серьезные изменения в позиции мусульманского права коснулись и его доктрины, статус которой в наши дни существенно отличается от традиционного и которая выполняет различные функции в развитии правовых систем мусульманских стран. Поэтому современную мусульманско-правовую доктрину как источник права следует рассматривать в нескольких аспектах. Прежде всего отметим, что в ряде случаев она продолжает играть роль формального источника права. Так, семейное право Египта, Сирии, Иордании, Судана и Ливана предусматривает, что в случае молчания закона судья применяет «наиболее предпочтительные выводы толка Абу Ханифы» (интересно, что мусульманские суды в Сирии со ссылкой на данную норму, как правило, применяют положения упоминавшегося труда Мухаммада Кадри-паши [661, 1979, № 9-10, с.612]). Согласно марокканскому, кувейтскому и ливийскому законодательству, при отсутствии нормы в законе действуют выводы маликитского толка (поскольку в Кувейте право «личного статуса» в значительной степени некодифицированно, то данное положение означает признание мусульманско-правовой доктрины ведущим источником этой отрасли права), а сомалийский семейный кодекс обязывает судью прибегать к нормам шафиитской школы мусульманского права. В соответствии с конституцией Ирана (ст. 12) отношения «личного статуса» последователей каждого из толков ислама регламентируются нормами, принятыми соответствующей школой фикха. В отдельных странах допускается субсидиарное использование мусульманского

```
Mycyльманское право. Вопросы теории и практики. Л. Р. Сюкияйнен filosoff.org
права в случае пробельности любых государственных нормативно-правовых
актов, а не только законодательства о «личном статусе». Например, в
Саудовской Аравии постановления верховного судебного органа от 1928 и 1930
гг. не только обязывают судей следовать в их решениях выводам ханбалитского толка, но и перечисляют произведения муджтахидов, в которых эти нормы
сформулированы. В соот-
ветствии со ст. 167 конституции Ирана, если судья не находит нужной нормы в
законе, он применяет положения авторитетных произведений и фетв
муджтахидов. В Ливии в случае молчания законодательства также применяются
выводы мусульманско-правовой доктрины различных толков.
Законодательство отдельных стран предусматривает возможность применения в
случае молчания закона не выводов определенного толка мусульманского права,
а его основных принципов. Подобное положение закреплено, например, в первых статьях гражданских кодексов Египта, Сирии, Ирака, Ливии и Алжира, а также в семейном законодательстве Ирака и НДРЙ. Причем, поскольку сами
гражданские кодексы закрепили ряд мусульманско-правовых норм, то при их
толковании следует обращаться к соответствующим произведениям авторитетных мусульманских юристов (см. [331, ч. 2, с 247; 659, 1971, № 76, с. 83]). Ст. 153 конституции ЙАР 1970 г. и закон о судоустройстве Бахрейна гласят,
что если «судья не находит нужной нормы в законе, то он должен обратиться к общим принципам мусульманского права. Однако и в этом случае, как отмечают
арабские последователи, речь идет опять-таки о мусульманско-правовой
доктрине, хотя и не ограниченной определенным толком. Иначе говоря, судье
предоставляется право искать нужное правило поведения в произведениях
последователей той школы, которая кажется ему более подходящей в каждом
конкретном случае (см., например, [331. ч. 2, с 244-248; 367, с. 84-88]). В целом, однако, в современных правовых системах рассматриваемых стран
нормы мусульманского права сравнительно редко выступают в традиционной
форме доктрины. Как правило, они закрепляются в статьях законодательства,
принимаемого компетентными органами государства. В этой связи нуждается в
уточнении положение, высказанное чехословацким ученым В. Кнаппом о том, что «мусульманское право в своем нынешнем виде (курсив наш. – Л. С ) является в
основном доктринальным» [198, с. 233].
В настоящее время доктрина остается главным источником действующего
мусульманского права лишь в немногих странах (Саудовская Аравия, Оман,
некоторые княжества Персидского залива). В большинстве же случаев она
потеряла значение самостоятельного юридического источника, в качестве
которого формально выступает нормативно-правовой акт. Это, естественно, не
означает, что можно вообще игнорировать влияние на содержание этих актов
мусульманско-правовой доктрины. Ведь при подготовке такого законодательства
широко используются общепризнанные труды мусульманских правоведов (в
объяснительной записке к сирийскому закону о «личном статусе», например,
специально подчеркивалось, что при его составлении учитывались выводы,
сформулированные в произведении Мухаммада Кадри-паши). Иными словами, если
значе-
ние мусульманско-правовой доктрины как формального источника права падает,
то ее роль в качестве неформального элемента правообразования растет.
Этому в немалой степени способствует то обстоятельство, что конституции
многих указанных стран гласят, что мусульманское право или его принципы являются основным источником законодательства. Об этом говорилось,
например, в Основном законе Хиджаза 1926 г. и конституции Афганистана 1931
г. Затем указанное положение было воспринято сирийской конституцией 1950 г. и основным законом Кувейта 1962 г. В начале 70-х гадов признание
мусульманского права или его принципов в качестве основного источника
законодательства было закреплено в новых или впервые принятых конституциях
семи арабских стран (Бахрейн, ОАЭ, Катар, Сирия и др.). Причем практика
включения подобной нормы в основные законы неуклонно расширяется оно, в
частности, было предусмотрено в конституциях Пакистана 1973 г. и Ирана 1979
г. Можно обоснованно полагать, что под мусульманским правом здесь
подразумевается доктрина, сформулировавшая подавляющее большинство его
конкретных норм и все без исключения общие принципы (интересно, что в
сирийской конституции применяется термин фикх).
Этот вывод подтверждается анализом конституции Ирана (ст. 12, 95),
предусматривающей соответствие всех законов страны не просто мусульманскому
праву, а его джафаритскому толку (афганская конституция 1931 г. гласила,
что источником законодательства является ханифитский толк фикха).
Естественно, речь в данном случае идет не о признании мусульманско-правовой
доктрины в качестве формального источника, а об ориентации законодателя на
закрепление ее выводов в позитивном праве.
Следует подчеркнуть, что практика включения во вновь принимаемое
законодательство норм, имеющих мусульманско-правовое происхождение, в
```

Страница 18

Mycyльманское право. Вопросы теории и практики. Л. Р. Сюкияйнен filosoff.org последние годы все более расширяется. Достаточно указать на навое иранское законодательство, ориентирующееся на положения джафаритского толка, пакистанские законы о закате и запрете ростовщичества, целый ряда законов, подготовленных в ЙАР специально созданной Комиссией по кодификации норм мусульманского права, уголовное законодательство Ливии и Мавритании, нацеленное на возрождение ряда норм деликтного мусульманского права. Характерно в этом отношении также многозначительное изменение, внесенное в мае 1980 г. в конституцию Египта, в соответствии с которым принципы мусульманского права признаются не одним из ведущих, а основным источником законодательства. Во исполнение данного конституционного положения на рассмотрение Народного собрания страны уже внесены проекты ряда законов, основанных на кодификации выводов мусульманско-правовой доктрины. Усиление влияния ислама на правовое развитие ряда стран Востока в последние годы объективно ведет к возрастанию роли мусульманско-правовой доктрины в подготовке вновь принимаемых законов, закрепляющих общие принципы и конкретные нормы фикха, большинство из которых были разработаны мусульманскими учеными-юристами еще в средние века.

-----

[1] Оценивая данный этап развития мусульманского права, А. фон Кремер не без основания отмечал, что «юриспруденция того времени была по преимуществу, даже почти исключительно казуистичной, из которой только впоследствии вывели теорию, переходя от конкретного к общему» [202, с. 16]. Глава III. ОСНОВНЫЕ ОТРАСЛИ И ИНСТИТУТЫ МУСУЛЬМАНСКОГО ПРАВА. КЛАССИЧЕСКАЯ ТЕОРИЯ И СОВРЕМЕННАЯ ПРАКТИКА

Мусульманское право в современных правовых системах. Опыт различных стран к началу XX в., пожалуй, лишь в странах Аравийского полуострова и Персидского залива мусульманское право сохранило свои позиции и действовало универсально в своем традиционном виде. Остальные страны к середине XX в. отказались от фикха как основной правовой формы, и, например, правовые системы наиболее развитых арабских стран с некоторыми отступлениями стали строиться по двум основным образцам: романо-германскому (французскому) — Египет, Сирия, Ливан, страны Магриба, и англо-саксонскому — Ирак, Судан. За мусульманским правам здесь сохранилась роль регулятора брачно-семейных, наследственных и некоторых других отношений среди мусульман (иногда и немусульман), что объяснялось все еще сохранявшимися пережитками феодализма и глубоким влиянием ислама на общественное сознание.

Аналогичная в целом оценка может быть дана и правовой системе Ирана, где сфера действия мусульманского права значительно сузилась в результате проведенных в 20-30-е годы нашего столетия серьезных реформ, выразившихся, в частности, в принятии торгового, уголовного, гражданского и гражданско-процессуального кодексов. Фикх джафаритского толка сохранил свои позиции лишь в области личного статуса и определения правового положения вакфов (см. [165, с. 35-38, 224, с.106-108]).

Коренная перестройка правовых систем, которые в большинстве рассматриваемых стран к середине XX в. оказались сориентированы на восприятие буржуазных правовых моделей, а также широкая кодификация норм фикха (прежде всего в области личного статуса) способствовали изменению структуры действующего здесь мусульманского права по двум основным направлениям. Прежде всего, если в середине века мусульманское право как система действующих норм занимало преобладающее место в правовой надстройке данной группы стран, то в современных условиях до недавнего времени в большинстве из них можно было наблюдать лишь применение отдельных норм, институтов или — в исключительных случаях — отраслей, конкретное юридическое содержание которых формировалось под прямым влиянием фикха. В результате приходилось иметь дело не столько с собственно мусульманским правом, сколько с нормами, ведущими от него свое происхождение.

Подчеркивая эту генетическую связь, при характеристике таких положений в аспекте их конкретно-юридического содержания с известными оговорками можно пользоваться термином «мусульманское право», который к современному Востоку применим достаточно условно. Иначе говоря, речь уже не идет о действии целостной самостоятельной системы мусульманского права параллельно со сложившимися в этих странах национальными правовыми системами или же о сведении последних к мусульманскому праву, которое в большинстве стран постепенно потеряло значение универсального нормативно-правового регулятора.

Качественные преобразования структуры мусульманского права на уровне его отраслей сочетались с заметными изменениями юридических особенностей его норм. Дело в том, что с изданием Маджаллы и законодательства по вопросам личного статуса роль ведущего источника действующего мусульманского права постепенно перешла к нормативно-правовому акту, принятому компетентным государственным органом. Поэтому если традиционные мусульманско-правовые

```
Mycyльманское право. Вопросы теории и практики. Л. Р. Сюкияйнен filosoff.org
нормы в большинстве случаев носили казуальный характер и представляли собой
индивидуальные решения конкретных споров, то в результате отмеченной
трансформации они стали приобретать привычную для современного
законодательства форму единообразных общих правил доведения.
В настоящее время ни в одной из рассматриваемых стран мусульманское право
не является единственным действующим правом. Но в то же время ни в одной
мусульманской стране не потеряло полностью своих позиций в качестве системы
действующих правовых норм. Исключение составляет, пожалуй, лишь Турция, где
в 20-е годы после официальной отмены халифата мусульманское право во всех
отраслях (в том числе и сфере регулирования брачно-семейных отношений) было
заменено законодательством буржуазного типа, составленным на основе
заимствования западноевропейской модели.
В конечное счете направление и глубина воздействия мусульманского права на
современное правовое развитие той или иной страны обусловлены достигнутым
ею уровнем экономического и культурного развития.
Нельзя поэтому игнорировать очевидных различий в позициях, которые занимает
мусульманское право в правовой надстройке отдельных рассматриваемых стран.
Не случайно, например, наиболее широко оно продолжает применяться в странах
Аравийского полуострова и Персидского залива (за исключением НДРЙ), где в
значительной мере сохраняются феодальные общественные отношения.
Принимая во внимание фактор социальной обусловленности, при оценке позиций
мусульманского права не следует сбрасывать со счетов и другое важное
обстоятельство ---- не все элементы современных правовых систем стран
Востока в равной степени испытывают на себе влияние мусульманского права.
Такое положение во многом определяется спецификой самой
мусульманско-правовой формы, в частности характером взаимоотношений
мусульманского права и государства. Большое значение имеют также
особенности нормативного состава и структуры (системы) мусульманского
права, для которой, как было показано, характерными являются заметное преобладание частно-правовых отраслей и различия в уровнях развития ее
отдельных элементов.
Взяв за основу масштабы применения норм мусульманского права и степень его
влияния на действующее законодательство, можно, в порядке постановки
вопроса, предложить следующую классификацию современных правовых систем
стран зарубежного Востока.
Первую группу составляют правовые системы Саудовской Аравии и Ирана, где
мусульманское право продолжает применяться максимально широко. Прежде всего
его нормы и принципы оказывают глубокое влияние на конституционное
законодательство и сложившуюся здесь форму правления. В указанных двух
странах мусульманское право играет ведущую роль и в других отраслях
действующего права, что находит свое подтверждение и на конституционном
уровне: конституция Ирана, в частности, закрепляет положение об обязательном соответствии шариату всех принимаемых законов (Основной закон
Хиджаза 1926 г. также предусматривал, что нормативные акты государства основываются на принципах мусульманского права). Во наполнение данного
положения здесь изданы законы, ориентирующиеся на закреплении в своих
статьях общих принципов и конкретных норм той или иной школы мусульманского
права — ханбалитской в Саудовской Аравии и джафаритской в Иране. В сфере личного статуса мусульманское право продолжает в целом применяться в своей
традиционной форме Это же относится и к принципам судоустройства, а также
правилам судебного процесса.
Если в Саудовской Аравии мусульманское право некогда не уступало своей роли
преобладающего источника права, то в Иране оно вновь заняло ведущее место только после свержения шахского режима, в результате проводимого
руководством исламской республики курса на исламизацию всех сторон
общественно-политической, экономической и государственной жизни страны и
даже сферы личных интересов граждан. В подтверждение этого вывода
достаточно указать на введение системы строгих, а порой и жестоких
наказаний за малейшее
нарушение не только юридических, но и моральных норм, относящихся, в
частности, к одежде и формам проведения досуга мусульман. Беспощадно
преследуются все, кто может быть заподозрен в негативном отношении к
существующему режиму (число казненных (противников исламской республики
составляет уже несколько тысяч человек). Кроме того, в апреле 1981 г.
вступил в силу закон, предусматривающий, вслед за мусульманским правом,
строгую систему уголовных наказаний. Действующие и стране мусульманские
суды, вопреки элементарным требованиям справедливости и демократической
законности, строго придерживаясь мусульманских норм при рассмотрении дел,
нередко допускают явные нарушения и творят произвол, что были вынуждены
признать даже руководители страны. Отметим также, что в Иране и Саудовской
```

Аравии функционируют специальные учреждения мусульманского контроля и

```
Мусульманское право. Вопросы теории и практики. Л. Р. Сюкияйнен filosoff.org
инспекции (хисба), которые без суда и следствия могут налагать
мусульманские наказания за отклонения от правил торговли, общественного
порядка или норм морали.
Вторую группу составляют правовые системы ЙАР, Ливии, Пакистана и Судана.
Хотя сфера действия мусульманского права здесь не является столь
всеобъемлющей, как в Саудовской Аравии и Иране, но все же остается весьма
существенной, а в последнее десятилетие даже обнаруживает тенденцию к
расширению. Прежде всего принципы и нормы мусульманского права оказывают
заметное влияние на основные акты конституционного характера, на структуру
и деятельность государственного механизма этих стран. Так, военный режим
Пакистана оправдывал отказ от всеобщих выборов тем, что они якобы «не
отвечают принципам ислама». Аналогичным образом «объяснялись» роспуск
парламента и замена его назначенным президентом Консультативным советом,
выполнявшим чисто совещательные функции при полновластном главе
государства. В Ливии в начале 1977 г. Коран вообще был объявлен «законом
общества», заменяющим обычную конституцию. Кроме того, во всех четырех
названных странах фикху официально отводится главное место в правовой системе в целом. Так, (конституции ЙАР 1970 г. и Пакистана 1973 г.
закрепляют положение мусульманского права как основного источника
законодательства, а конституция Судана 1985 г. рассматривает мусульманское
право в этом качестве вместе с обычаем. В Пакистане 1977 г. был создан
Совет исламской идеологии, который приступил к разработке предложений по
приведению действующего в стране законодательства в соответствие с
шариатом. По его рекомендации вскоре вступил в силу закон об исламизации
общественно-политической жизни страны.
В 1975 г. в ЙАР, согласно конституции, начала действовать так называемая научная комиссия то кодификации норм мусульманского права (с 1978 г. ее
полномочия переданы Учредительному народному собранию). Еще раньше, в 1971
г., Совет революционного командования Ливии принял решение об изменении и
дополнении действующих законов в духе мусульманского права. Такая общая установка (получила конкретное воплощение в целом ряде правовых актов,
принятых в этих странах. Например, опираясь на конституцию, согласно
которой государство обязано обеспечить мусульманам все условия
соответствующие основным принципам ислама, а также упомянутый выше закон об исламизации, руководство Пакистана начиная с 1979 г. ввело в действие целую
серию нормативно правовых актов, призванных якобы способствовать
установлению «мусульманского образа жизни», в том числе акты о запрете
ростовщичества, закате и утре, ряд уголовных законов. Исламизация всех сторон социально политической жизни страны была избрана методом укрепления легитимности режима Зия-уль-Хака. В Ливии уже в 1972 г. были введены в
действие законы о закате, запрете процентов при займах между частными
лицами и наказании кражи и разбоя ампутацией руки или руки и ноги, что
преподносилось в качестве первого шага на пути к «возрождению истинного
ислама». В течение последующих двух лет здесь были приняты также законы о
наказании за прелюбодеяние и употребление спиртных напитков, взявшие за
основу выводы маликитского толка мусульманского права. В ЙАР по инициативе
Комиссии по кодификации норм мусульманского права в 1976-1978 гг. вступили
в силу, в частности, законы о дарении и вакфах, об установлении размера
выкупа за кровь при убийстве и телесных повреждениях, семейный и процессуальный кодексы. Все эти акты предусматривают, в случае их молчания,
применение «наиболее подходящих» принципов и норм мусульманского права.
Решительные меры по исламизации правовой системы были приняты и в Судане. В
1983 г. здесь вступило в силу новое уголовное законодательство,
воспринявшее основные институты мусульманского права (его действие
распространяется на всех граждан, в том числе и немусульман, проживающих в
южных провинциях страны), а в начале 1984 г. был подписан президентский
указ о введении мусульманско-правовых норм, регулирующих вопросы земельной собственности. После свержения реакционного режима Нимейри в апреле 1985 г.
новое руководство Судана объявило о намерении аннулировать это
законодательство. Вместе с тем подчеркивается, что речь идет не об отказе
от мусульманского права вообще, а о замене прежних актов новыми, предусматривающими введение его «истинных» норм.
во всех четырех указанных странах мусульманское право без каких-либо
изъятий продолжает регулировать отношения личного статуса и правовое
положение вакфов, сохраняются и мусульманские суды.
В самостоятельную группу могут быть выделены правовые системы ряда стран Персидского залива — ОАЭ, Бахрейна, Кувейта, а также Юго-Восточной Азии — Брунея, отдельных штатов Малайзии. Основные законы этих стран, как правило,
закрепляют государственный характер ислама и провозглашают мусульманское
```

право основным источником законодательства. Правовые системы указанной

```
Mycyльманское право. Вопросы теории и практики. Л. Р. Сюкияйнен filosoff.org
не такое глубокое, как в двух предыдущих. Например, уголовные кодексы
Кувейта 1960 г. (с дополнениями от 1964 г.) и Бахрейна 1976 г.
предусматривают наказание за употребление спиртных напитков и азартные
игры. Закон об ограничении торговли спиртными напитками принят в Брунее.
Законодательство ОАЭ подробно регулирует правовое положение имамов и
хатыбов мечетей, а в Бахрейне действуют законы об организации хаджа и фонда
заката. Бахрейнский закон о судоустройстве гласит, что в случае молчания закона суды применяют общие принципы и конкретные нормы мусульманского
права. В Брунее и Малайзии нормы мусульманского деликтного права применяются к нарушителям религиозных обязанностей [186, с 27-51, 69-75].
Еще одну, наиболее многочисленную группу составляют правовые системы
большинства арабских стран (Египта, Сирии, Ирака, Ливана, Марокко, Иордании Алжира), а также ряда стран Африки (Сомали, Мавритании, северных штатов Нигерии) и Азии (Афганистана). Можно проследить несколько аспектов влияния
мусульманского права на правовые системы этой группы стран. Их
конституционное право, как правило, закрепляет особое положение ислама и
мусульманского права. Так, конституции многих из них предусматривают, что главой государства может быть только мусульманин, а мусульманское право является источником законодательства. Данное конституционное положение
практически реализуется в других отраслях права и судоустройства. Так, в
области семейного права во многих из указанных стран приняты законы, почти
целиком основанные на мусульманском праве. Таковы османский закон о
семейных правах 1917 г., действующий в Ливане, египетские семейные законы
1920 и 1929 гг., сирийский закон о «личном статусе» 1953 г., аналогичные законы Иордании, Ирака, Марокко, Сомали, Афганистана и др.
В гражданских кодексах ряда стран (например, Египта, Сирии, Ирака) содержится положение, согласно которому все вопросы, связанные с
наследованием и завещанием, регулируются на основе мусульманского права и
изданных в соответствии с ними законов. Такие законы (кодексы) но вопросам
наследования, завещания, опеки, попечительства, ограничения
правоспособности приняты во многих странах данной группы. В отдельных
случаях эти вопросы регулируются мусульманским правом в традиционной форме
доктрины.
В других отраслях мусульманское право не действует столь универсально.
Однако и здесь продолжают применяться его отдельные нормы. В гражданском
праве, кроме того, допуска-
ется его субсидиарное применение в случаях, не урегулированных законом.
Так, первые статьи гражданских кодексов Египта, Сирии, Ирака, Алжира,
Афганистана, Иордании гласят, что в случае молчания закона судья применяет принципы мусульманского права. С другой стороны, сами гражданские кодексы этих стран закрепляют в своих статьях немало общих и конкретных положений
мусульманского права о злоупотребление правом, о непредвиденных
обстоятельствах, аренде сельскохозяйственной и вакуфной земли, переводе
долга и др. Определенную роль в гражданском праве этих стран, в частности в
регулировании права собственности на недвижимость, играют мусульманские
нормы о режиме вакуфного имущества. Подобное положение сложилось и в
некоторых других отраслях, в частности в уголовном праве Марокко и Северной Нигерии [211, с. 78] Отметим также, что уголовный кодекс Афганистана 1976 г. также предусматривает возможность наказания по мусульманскому праву за совершение таких преступлений, как убийство, разбой, употребление спиртных
напитков, кража, прелюбодеяние и т.п.
В целом афера действия мусульманского права в данной грунте стран
достаточно ограниченна. В некоторых из них (Сирия, Ирак) наблюдается
определенная демократизация мусульманско-правовых положений семейного
законодательства. Вместе с тем в ряде случаев обнаруживается и обратная
тенденция. В частности, обращает на себя внимание усиление позиций
мусульманского права в правовой системе Мавритании, где в 1980 г. был
создан специальный мусульманский суд, который уже не раз применял мусульманскую меру наказания— ампутацию руки за кражу. Во всех странах
данной группы (за исключением Египта, Афганистана и Алжира) действуют
мусульманские суды, применяющие многие нормы мусульманского процессуального
права при рассмотрении споров, связанных с отношениями личного статуса (в
Египте такие нормы применяются общегражданскими судами). Нормы
мусульманского права о наследовании, завещании, вакфах, опеке,
попечительстве и ограничении дееспособности в большинстве из них
распространяются на всех граждан, в том числе и немусульман.
Особую группу составляют правовые системы тех африканских (Танзания, Мали,
Чад) и азиатских (Индия, Филиппины) стран, где мусульманское право продолжает регулировать отношения личного статуса среди мусульман, а также
правовое положение вакфов, сбора и расходования заката. Иногда нормы фикха
оказывают влияние и на принимаемое в этих странах законодательство. Так, в
```

```
Mycyльманское право. Вопросы теории и практики. Л. Р. Сюкияйнен filosoff.org
Танзании семейный кодекс 1971 г. закрепил отдельные нормы мусульманского
права. Правда, он не действует на Занзибаре, где проживает основная часть
мусульман страны, которые продолжают применять положения мусульманского
права в его традиционной форме доктрины как в семейном, так и (частично) в
гражданском праве. В этих странах, как правило, действуют мусульманские
суды (в 1982 г они, например, были официально признаны на Филиппинах).
Наконец, особое положение занимают правовые системы Туниса и НДРЙ. Их
брачно-семейное законодательство испытывает определенное влияние
мусульманского права, однако отказывается от ряда его основополагающих институтов например, в Тунисе законодательно запрещена полигамия, а семейный кодекс НДРИ 1974 г, хотя и закрепил отдельные положения шариата,
по существу, наделил женщину равными правами с мужчиной в семейных
отношениях. В обеих странах ликвидированы мусульманские суды. Можно поэтому
сделать вывод, что по сравнению с другими рассматриваемыми странами сфера
действия мусульманского права здесь наименее значительна (если не считать
Турции, законодательство которой, как уже отмечалось, вообще не закрепляет
норм шариата).
В связи с закреплением в законодательстве исламских стран положений шариата
естественно поставить вопрос о значении такой трансформации для самого
мусульманского права и его роли в правовых системах этих стран. Иными
словами, в каком смысле можно назвать «мусульманским правом» такие
нормативные акты, как понимать конституционную формулу о том, что
мусульманское право является основным источником законодательства?
При ответе на этот вопрос следует, как нам представляется, учитывать
несколько сторон (поставленной проблемы. Прежде всего, ретроспективно
прослеживая эволюцию мусульманского права, надо констатировать важные
отличия его классических норм от тех положений, которые принимаются
современным законодательством. Было бы неточным оказать, что мусульманское
право в новых условиях продолжает лишь в несколько измененной форме
действовать в качестве самостоятельного правового феномена. Существенные
изменения коснулись не только формы соответствующих его положений, что
прежде всего бросается в глаза, но и их социального назначения и, хотя и в
меньшей степени, конкретно нормативного содержания.
Нельзя поэтому сводить проблему лишь к изменению формы мусульманского
права. В основе такой трансформации лежат прежде всего принципиальные
изменения классово-волевого содержания, роли мусульманского права в
современных правовых системах. Главное состоит в том, что теперь речь не
идет о действии целостной самостоятельной системы мусульманского права
параллельно (наряду) с действующими в этих странах национальными системами права или, тем более, о сведении этих последних к мусульманскому праву.
Закрепленные в современном законодательстве отдельные нормы мусульманского
права, по существу, во многом утратили свою прежнюю специфику, характерные
юридические особенности фикха. Лишь право личного статуса продолжает
сохранять относительно большую самостоятельность, занимая особое место в
правовой системе в
целом[1]. Однако и этот относительно обособленный комплекс правовых норм
под влиянием современного законодательства перестраивается в своих
принципах, все более подчиняясь общим закономерностям развития,
функционирования, социального назначения всей правовой системы, в целом не
ориентирующейся на мусульманскую правовую форму.
Все это дает основание для вывода о том, что мусульманское право постепенно
теряет самостоятельное значение на уровне системы права в целом. Однако
мусульманско-правовая доктрина нередко все же продолжает выступать в
качестве формы права, что подтверждается и законодательством рассматриваемых стран. Так, семейное законодательство АРЕ и САР
предусматривает, что в случае молчания закона судья применяет «наиболее
предпочтительные выводы толка Абу Ханифы», а согласно ливийским законам в
этом случае действуют выводы маликитского толка. Отметим, что в подобном
смысле можно толковать ст. 2 конституции САР. Термин фикх (мусульманское
право) употребляется в ней прежде всего в значении «мусульманско-правовая
доктрина», а формула «мусульманское право является основным источником
законодательства», по существу, означает конституционное признание мусульманско-правовой доктрины в качестве основной формы права.
В большинстве случаев, однако, мусульманско-правовая доктрина не имеет
значения самостоятельной формы права. Действительно, если положения фикха закреплены в статьях действующего законодательства, то формой права здесь выступает нормативно-правовой акт государственной власти. Это, естественно,
не означает, что можно вообще игнорировать влияние мусульманского права в
```

качестве важного неформального фактора правообразования. Ведь подход к проблеме с точки зрения формы выражения правовых норм учитывает лишь ее

Мусульманское право. Вопросы теории и практики. Л. Р. Сюкияйнен filosoff.org мусульманского права акта, об отражении им реальных общественных отношений, иными словами — о факторах, предопределяющих содержание нормативных предписаний.

Право находится в тесном взаимодействии, взаимовлиянии со многими общественными явлениями. Общественной силой, формирующей право, следует признать совокупность социальных (экономических, политических, идеологических, социально-психологических) отношений, обусловливающих сущность и содержание правовых норм (источник права в прямом смысле), непосредственно создаваемых или санкционируемых государственной властью (источник права в формальном смысле) (ср. (217, с. 572-573]). Среди факторов, не связанных непосредственно с экономикой и оказывающих заметное влияние на формирование и развитие права любого исторического типа, важное значение имеет преемственность (см. об этом [1134; 311; 312]). В условиях рассматриваемых стран к числу элементов прежней правовой надстройки, с которыми их правовые системы сохраняют известную «нить преемственности», должно быть отнесено и мусульманское право, занимавшее на протяжении многих веков главенствующие правовые позиции в этом районе мира и выполняющее в новых исторических условиях весьма специфическую, особую роль в формировании юридических норм. При этом характерное для преемственности в праве вообще соотношение моментов разрушения старого и его частичного восприятия применительно к мусульманскому праву имеет свои особенности: преемственность здесь охватывает восприятие не только и не столько элементов формы, сколько момента содержания, некоторых принципов правового регулирования - например, в области семейного права. Глубокое влияние на право любой страны оказывает правовая культур а, уровень правосознания, правовая идеология и психология. Правовые мотивы, взгляды, идеи могут являться непосредственным идеологическим и психологическим источником формирования юридических норм [218, с. 347]. Мусульманское право в этом отношении играет особую роль. При этом имеется в виду мусульманское право в широкой трактовке, т. е. взятое не только в нормативном аспекте, но и в качестве важного политического, идеологического и психологического фактора, элемента социально-нормативной культуры. Следует подчеркнуть, что специфика формы и иные особенности наложили глубокий отпечаток на психологический механизм действия мусульманского права: его нормы в глазах широких масс нередко, особенно в сфере личного статуса, выступали и выступают в виде единых правил поведения одновременно и юридических, и моральных, и религиозных. В литературе правильно отмечается, что фактическое соотношение между формами права имеет большое значение для господствующих представлений о том, что следует считать собственна правом [326, с. 115]. Не случайно поэтому, что если в странах англосаксонской правовой системы право в массовом сознании ассоциируется прежде всего с правом в субъективном смысле [656, 197.1, № 10, с. 131, правами и свободами, которые могут быть защищены судом, а для представителя континентальной правовой системы оно во многом созвучно понятию «закон», то мусульманское право воспринимается прежде всего как универсальное религиозно-нравственно-правовое учение, указатель оценки любого поступка, а в формальном смысле — как мнение основателей крупных правовых школ и их приверженцев, многие сотни «правовых книг», в которых доктринально изложены основные юридические принципы и решения конкретных лел.

Мусульманская правовая форма неразрывно связана с религией, оказывающей до сих пор громадное воздействие на народные массы. Из всех современных мировых религий ислам, пожалуй, наиболее тесно соприкасается с политикой, государством и правом. Связующим звеном здесь и выступает мусульманское право. При этом оно оказывает воздействие на современное правовое развитие стран Востока прежде всего через правовую идеологию и психологию. Можно сказать, что сфера действия мусульманского права как идеологического фактора оказывается значительно шире, нежели рамки применения его конкретных нормативных предписаний. Иными словами, нормативистский подход к мусульманскому праву, изучение его лишь как совокупности норм, порождающих конкретные права и обязанности, в действительности оказывается недостаточным для понимания того места, которое мусульманское право занимает в современных правовых системах и во всей правовой надстройке рассматриваемых стран. Этому в немалой степени способствует то обстоятельство, что мусульманское право, как уже отмечалось, состоит как бы из двух слоев: решений по конкретным делам и общих норм-принципов.

Многие современные исследователи утверждают, что не конкретные правила поведения, а именно нормы-принципы являются фундаментальной и самой стабильной частью мусульманского права, пригодной для всех времен и народов, гарантирующей его соответствие потребностям социального прогресса

Мусульманское право. Вопросы теории и практики. Л. Р. Сюкияйнен filosoff.org (см., например, [468, с. 48–49]). Чаще всего ссылаются на такие принципы, как «возможность изменения норм с изменением времени, места и условий», «норма в своем существовании и исчезновении следует судьбе своего основания», «все, что дозволено, может быть ограничено законодателем», «нужда не знает запретов» и др. С этих позиций обосновывается необходимость ограничения полигамии и исключительного права на развод по мусульманскому праву, национализации природных богатств, ограничения собственности и др. В своем логически завершенном виде эта теория подходит к признанию «действительной» и соответствующей мусульманскому праву любой нормы и даже целой правовой отрасли, если они следуют этим абстрактным принципам. Например, согласно такому взгляду, мусульманское уголовное право предоставляет законодателю полную свободу в выборе меры наказания за любое преступление, исключая лишь несколько видов деяний, в отношении которых кораном предусмотрены неизменные меры наказания. Поэтому практически все современные уголовные законы, поскольку они не затрагивают этих поступков, объявляются соответствующими мусульманскому праву. «Следует избегать предположения о противоречиях между общими (принципами позитивного и мусульманского права», — утверждает египетский правовед Шафик Шихата [491, с. 136–137].

Вся правотворческая деятельность современного государства оценивается с позиции этих принципов. В этом, на наш взгляд, скрытый смысл того положения, что конституции ряда стран закрепляют в качестве основного источника законодательства именно принципы мусульманского права, а не его конкретные нормы.

Подобный подход к оценке места мусульманского права в правовых системах рассматриваемых стран весьма характерен для современной эволюции мусульманско-правовой идеологии. Он отражает необратимый процесс сужения сферы действия позитивного мусульманского права и почти повсеместный разрыв реальных общественных отношений с конкретными юридическими предписаниями шариата[2]. В этих условиях основная ставка делается не на защиту конкретно нормативного содержания мусульманского права, а на пропаганду прежде всего «всепригодности» его общих идей — принципов. Однако, если отдельные принципы мусульманского права и соответствуют потребностям социального прогресса, то лишь потому, что они отражают некоторые тенденции развития права вообще и одинаково пригодны для различных правовых систем и общественных условий именно в силу своего самого общего характера. Естественно поэтому, что конкретно историческая роль мусульманского права определяется в первую очередь характером господствующих в той или иной стране классовых сил. Оно несет на себе отпечаток феодальной правовой формы с ее неопределенностью и запутанностью, что обусловливает плюрализм и противоречивость содержания как системы в целом, так и многих отдельно взятых норм. Поэтому существуют объективные основания для акцента как на (пережиточных, так и на относительно прогрессивных элементах мусульманского права.

Такой довольно широкий диапазон, «эластичность», мусульманского права дает ему имманентную возможность служить интересам самых различных, подчас противоположные политических течений. Так, в последнее десятилетие мусульманско-правовая доктрина в ряде стран Востока по-иному стала рассматривать перспективы развития мусульманского права и оценивать в сравнении с ним существующие здесь правовые системы. В частности, эта теория уже не придает самодовлеющего значения отмеченным выше общим принципам мусульманского права. Наоборот, истинно мусульманским стало признаваться государство, которое в своем правотворчестве ориентируется не столько на эти принципы, сколько на конкретные предписания шариата. Не случайно в ряде стран был взят курс на возрождение конкретных норм мусульманского права и их закрепление в действующем законодательстве. Так, в Иране, Пакистане, Ливии, ЙАР, Судане и некоторых других странах сфера его действия теперь охватывает не только «личный статус», но и, как будет показано, уголовное право и процесс, отдельные виды финансово-экономических отношений и даже институты государственного права. Подобная практика развития правовых систем ряда рассматриваемых стран в последние годы вносит известные коррективы и в структуру действующего здесь мусульманского права, отдельные нормы и институты которого, ранее вытесненные законодательством, заимствующим буржуазные правовые модели, вновь возрождаются и начинают применяться на практике.

<sup>[1]</sup> Особая самостоятельность права личного статуса наглядно проявляется, например, в том, что отношения по наследованию и завещанию, которые обычно регулируются нормами гражданского права, в большинстве рассматриваемых стран не подпадают под действие гражданских кодексов. Специфика этих институтов сближает их с семейным правом, с которым они составляют своего

Мусульманское право. Вопросы теории и практики. Л. Р. Сюкияйнен filosoff.org рода комплексную отрасль со своими особенностями в форме, источниках и методах правового регулирования.

[2] Показателен в этом отношении тезис, отстаиваемый Субхи Махмасаниг «Мусульманское право следует изучать, исходя из содержания его книг, источников и корней, давших ему жизнь, а не наблюдая поведение мусульман» [468, с. 166]. ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Мусульманское право — сложное социальное явление, имеющее долгую историю развития. Оно возникло в период разложения родо-племенного строя и становления раннефеодального государства на западе Аравийского полуострова. Мусульманское право как система юридических норм образовалось не сразу. В первый, начальный период развития ислама и мусульманской общины, когда процесс создания государства и классового общества еще не закончился, в едином мусульманском социально-регулятивной комплексе юридические и иные правила поведения практически не различались. Не случайно в это время мусульманская догматика (богословие) и правоведение тесно переплетались и не составляли самостоятельных направлений мусульманской идеологии. Такое положение сохранялось вплоть до середины X в., когда правоведение отделилось от мусульманской догматической теологии и сформировались мусульманско-правовые школы (толки). К концу первого тысячелетия процесс складывания феодального мусульманского государства в основном завершился. Одновременно произошло и становление мусульманского права как системы юридических правил поведения, выражавших в основном волю господствовавшей верхушки феодального теократического общества и в той или иной форме защищавшихся государством.

Мусульманское право хотя и связано тесно с религией ислама, но не сливается с ней. Поэтому мусульманское право можно рассматривать в качестве юридического явления, которое относится к правовой, а не религиозной системе мусульманское право в узком, собственном смысле). Основное отличие норм мусульманского права в этом значении от религиозных правил поведения — их обеспеченность принудительной силой государства. Вместе с тем, мусульманское право тесно взаимодействует с религиозными и моральными нормами, с обычаями в единой системе социально-нормативного регулирования. которая может быть названа мусульманским правом в широком смысле. Мусульманское право — самостоятельная правовая система. Поэтому изучение его представляет не только исторический, но и общетеоретический интерес. Его анализ в сравнительном плане показывает, что некоторые понятия и выводы общей теории права, претендующие на характер общезначимых, нуждаются в дальнейшем развитии и уточнении с учетом особенностей основных правовых систем современности, одной из которых и является мусульманское право. В частности, характерной чертой мусульманского права является то, что государство непосредственно не участвовало в формировании большинства его норм. Оно выполняло свою правотворческую роль косвенно - путем санкционирования выводов мусульманско-правовых толков (мазхабов). Роль основного источника мусульманского права в юридическом смысле принадлежала доктрине, а государство официально санкционировало ее выводы, назначая судей и налагая на них обязанность решать дела на основании учения определенного толка, Коран в этих условиях можно рассматривать как общую идеологическую основу мусульманского права, поскольку лишь небольшое число его норм исходит из «божественного откровения» и преданий о жизни Пророка (сунны).

Особенностью механизма действия мусульманского права является то что оно выступало, главным образом в виде казуальных норм, индивидуально-правовых решений. Это во многом объясняет характер мусульманского права как системы противоречивых норм. Одновременно такой характер мусульманского права предопределил исключительно важную роль судьи в осуществлении его положений. Понятие нормы мусульманского права заметно отличается от представлений, утвердившихся в других правовых системах. Особое значение для регулирующего действия этого права имеют не только конкретные правила поведения, но и общие принципы, сформулированные правоведами. Для механизма действия мусульманского права характерны также существенные перепады в уровнях реализации положений различных его отраслей. Многие его предписания практически не применялись, оставаясь моментом мусульманско-правовой идеологии, а не системой действующих норм.

Система мусульманского права включает ряд институтов л отраслей, которые по своему составу отличаются большой спецификой. В частности, в нее входит и международное право. Одновременно она отличается неопределенностью, запутанностью и противоречивостью. Такая черта во многом объясняется тем, что мусульманское право теоретически не знает принципа судебного прецедента. В силу этого со временем оно превратилось в собрание огромного множества самых разнообразных норм, возникших в различные исторические

Мусульманское право. Вопросы теории и практики. Л. Р. Сюкияйнен filosoff.org эпохи.

В течение многих столетий мусульманское право занимало центральные позиции в правовых системах целого ряда стран Востока. Наряду с ним действовали и иные правовые нормы, в частности, персональное право немусульман, нормы европейского права (режим капитуляций), а также акты правителей, которые нередко противоречили положениям мусульманского права. Однако вплоть до середины XIX в. именно мусульманское право играло ведущую роль в правовых системах. Это объясняется, в частности; тем, что в его составе можно обнаружить самые различные нормы, отражающие интересы широкого круга социально-политических сил.

В XIX в. в положении мусульманского права произошли существенные изменения: в наиболее развитых странах оно уступило главенствующие позиции законодательству, основанному на заимствовании буржуазных правовых моделей. За мусульманским правом здесь сохранилось значение в регулировании главным образом отношений «личного статуса». Историческое сужение сферы действия мусульманского права не является прямолинейной тенденцией. В последние годы наряду с сокращением масштабов применения его норм в отдельных странах наблюдается расширение рамок его действия в других.
При этом не следует забывать, что мусульманское право оказывает влияние на

современное общественное развитие рассматриваемых стран не только в виде системы действующих юридических норм, но и в качестве важного идеологического фактора. Проблемам мусульманского права придается важное значение современными политическими движениями, выступающими под лозунгами ислама, в которых социально-политические аспекты становятся доминирующими. Если учесть, что мусульманское право традиционно рассматривается как главное средство практической реализации сложившихся в исламе представлений о «мусульманском образе жизни» и общественном идеале, то становится понятной существенная роль, которую отводят ему различные политические силы при обоснования своих требований. Роль эта оказывается неоднозначной, поскольку зависит от характера сил и движений, использующих мусульманское право в своих интересах. Сохраняет свою актуальность оценка, данная таким движениям XXVI съездом КПСС: «Главное в том, какие цели преследуют силы, провозглашающие те или иные лозунги. Под знаменем ислама может развертываться освободительная борьба. Об этом свидетельствует опыт истории, в том числе и самый недавний. Но он же говорит, что исламскими лозунгами оперирует и реакция, поднимающая контрреволюционные мятежи. Все дело, следовательно, в том, каково реальное содержание того или иного движения» [15, с. 13].

Практика показывает, что в целом в идеологической борьбе мусульманское право выступает главным образом оружием в руках консервативных и даже прямо реакционных сил. Однако не исчерпан до конца и его положительный потенциал, демократические возможности. Прогрессивные силы в странах Востока заинтересованы в том, чтобы мусульманское право и его идеология не были использованы для подрыва антиимпериалистической борьбы. Учитывая глубокое влияние мусульманской религии на широкие слои населения, эти силы обращаются к мусульманскому праву для разъяснения своей политики. Мусульманское право и его идеология могут сыграть положительную роль на этапе радикальных общественных преобразований способствовать выбору пути демократической ориентации.

Спасибо, что скачали книгу в бесплатной электронной библиотеке http://filosoff.org/ Приятного чтения!

http://buckshee.petimer.ru/ Форум Бакши buckshee. Спорт, авто, финансы, недвижимость. Здоровый образ жизни.

http://petimer.ru/ Интернет магазин, сайт Интернет магазин одежды Интернет магазин обуви Интернет магазин

http://worksites.ru/ Разработка интернет магазинов. Создание корпоративных сайтов. Интеграция, Хостинг. http://dostoevskiyfyodor.ru/ Приятного чтения!