Право. Журнал Высшей школы экономики,
2008, №2, С. 97-109
Опубликована: Апрель 1, 2008

Исламское право в правовых системах мусульманских стран: от доктрины к законодательству

Сюкияйнен Л. Р.
Профессор кафедры теории права и сравнительного правоведения факультета права Государственного университета —Высшей школы экономики, доктор юридических наук

Аннотация

Главным источником мусульманского права исторически являлась доктрина. Сфера ее применения ограничивалась местными обычаями, правовыми традициями немусульман и проникновением европейского права. Реформы XIX в. глубоко изменили отношения между мусульманским правом и государством. Доктрина все еще остается одним из главных элементов правовых систем мусульманских стран, но в некоторых странах она занимает подчиненное положение по отношению к позитивному праву, базирующемуся на европейских образцах.

Ключевые слова: мусульманское право, доктрина мусульманского права, традиции и обычаи

Реформы XIX в. — переломный момент в развитии исламского права

Вплоть до XIX в. практически единственным источником (внешней формой) исламского права являлась доктрина (фикх)[1]. При этом история исламской мысли и социально-нормативного регулирования в мусульманском мире дает основания для вывода о том, что в эпоху Средневековья развитие фикха отличалось неоднозначностью и противоречивостью.

В частности, это выражалось в том, что различные школы фикха часто придерживались несовпадающих позиций по сходным ситуациям и порой остро соперничали между собой. По сути, каждый из его толков представлял собой относительно самостоятельную систему правил внешнего поведения. Лишь в рамках одной школы фикх отличался известной цельностью, единой логикой и стройностью. Однако и они нарушались несовпадением взглядов последователей конкретного толка на многие частные вопросы.

Противоречивость статуса фикха объяснялась не только разнообразием выводов доктрины. Главное заключалось в неопределенности, подвижности той роли, которую играли правила фикха в средневековых мусульманских обществах.

Вопреки широко распространенному среди мусульман представлению, что до XIX в. мир ислама был свидетелем неукоснительного действия и безраздельного господства (шариата) фикха, реальная ситуация представляется иной. Некоторые крупные мусульманские ученые Средневековья и известные современные исследователи убедительно показали, что на протяжении столетий практика реализации выводов фикха серьезно отклонялась от идеальной картины, которую рисовала традиционная исламская доктрина и, как правило, продолжает воспроизводить исламское правоведение сегодня.

Можно выделить два основных варианта отмеченного несовпадения теории и практики фикха. Во-первых, в указанную историческую эпоху наблюдались заметные расхождения между содержащимися в книгах по фикху выводами и их осуществлением на практике. Во-вторых, социально-нормативное регулирование в мусульманских странах никогда не

1. О понятии шариата, фикха и исламского права, а также о соотношении между ними см.: Сюкияй-нен Л.Р. Исламское право: взаимодействие юридического и религиозного начал // Ежегодник либертарноюридической теории. 2007. Вып. 1.

ограничивалось только фикхом, а включало и иные элементы (подсистемы), которые не совпадали со строгими исламскими догмами. При этом оба проявления анализируемого феномена были тесно связаны между собой.

Конечно, мусульманские мыслители в своих рассуждениях о средневековом фикхе и несовпадении разработанного доктриной идеала с реальной жизнью не подходят к этой проблеме с последовательно правовых позиций. Но в целом их выводы могут быть распространены и на исламское право. Если даже не все правила фикха отвечают юридическим критериям, то, во всяком случае, все нормы исламского права относятся к фикху в его традиционном или современном понимании. Поэтому, например, разнообразие доктрины как источника исламского права отражалось и на содержании последнего, придавая ему плюрализм и неопределенность. Одновременно расхождения между выводами доктрины и их реализацией приводили к различиям между теорией исламского права и претворением его предписаний в жизни мусульманского общества.

Это же можно сказать и относительно места исламского права в правовых системах мусульманских стран, в которых оно играло важную (часто — центральную) роль, но все же никогда не представляло собой всего комплекса действовавших в Средние века юридических норм. История свидетельствует, что наряду с ним функционировали и другие правовые регуляторы. Известный египетский правовед Мухаммад Нур Фархат пришел к такому выводу на основе анализа деятельности системы правосудия в Египте в период его вхождения в состав Османской империи. Ученый, в частности, отметил, что установленное в теории фикха наказание за употребление алкоголя в виде телесного наказания крайне редко осуществлялось на практике. Оно, как правило, вообще не действовало или заменялось иными санкциями, которые закреплялись в законодательстве либо фактически применялись судом и другими государственными органами. Это касалось и некоторых иных уголовных наказаний, предусмотренных шариатом[2].

Одновременно можно выделить несколько разновидностей норм, которые в Средние века сужали сферу действия исламского права и превращали многие его правила в абстрактные выводы, которые лишь формулировались на страницах «желтых» (называемых так из-за цвета бумаги)

2. См.: Мухаммад Нур Фархат. Общество, шариат, закон. Каир, 1986. С. 23—36 (на арабск. яз.).

юридических трактатов, а на практике не действовали. Таким образом, они становились достоянием фикха- доктрины, но не приобретали статуса фикха-права.

Прежде всего речь идет о личном статусе немусульман, конкретно, о брачносемейных, наследственных и других примыкающих к ним отношениях между лицами, исповедующими иные, нежели ислам, религии. По традиции, эти вопросы регулировались не шариатом, а принятыми той или иной немусульманской конфессией правилами. Если учесть, что во всех мусульманских странах всегда проживали достаточно многочисленные группы немусульман — христиан, иудеев, зороастрийцев, — то становится понятным, почему в брачно-семейных отношениях параллельно с исламским правом непременно действовали иные правовые регуляторы, прямо связанные с неисламскими религиозными традициями.

Такую своеобразную правовую автономию немусульманам предоставляло само исламское право, которое исходило (да и сейчас исходит) из преобладания религиозного принципа регулирования отношений личного статуса, по крайней мере, в брачно-семейных вопросах. Что же касается других элементов правовых систем, которые ограничивали область претворения фикха и соответственно исламского права, то, в отличие от регулирования вопросов личного статуса немусульман, они фактически часто действовали вопреки позиции традиционной исламской доктрины, считавшей их очевидным отклонением от требований шариата.

В первую очередь это относится к обычаям, которые играли роль важного (в ряде случаев — центрального) социально-нормативного регулятора в любом мусульманском обществе. Здесь они функционировали всегда, с первых веков ислама конкурируя с фикхом, а значит — с исламским правом. При этом следует различать несколько вариантов обычаев в их соотношении с фикхом.

Есть обычаи, обращение к которым прямо предусматривает сам фикх (например, при установлении характера и размера брачного дара, если он не установлен самими вступающими в брак лицами). Кроме того, известны обычаи, допускаемые фикхом, поскольку они не противоречат его императивным нормам (это особенно характерно для имущественных сделок).

Особое место занимают обычаи, которые хотя и вступают в прямое противоречие с выводами фикха, но в глазах мусульман фактически являются более авторитетными, чем последние.

Некоторые из них (например, обычай кровной мести) исламское право не смогло преодолеть в течение веков. Исследования убедительно показывают, что исламское уголовное право очень часто уступало в соперничестве с местными обычаями. Похожая картина наблюдалась и в отдельных сторонах брачно-семейного статуса мусульман (например, в отношении брачного дара), хотя в целом он наиболее последовательно регулировался фикхом и продолжает подчиняться ему вплоть до наших дней.

Кроме обычаев, в определенный исторический момент мощным конкурентом исламского права становится европейское право, применявшееся в Османской империи в силу «режима капитуляций» (сложился в результате заключения османскими властями специальных соглашений с европейскими державами). Споры, возникшие на территории Империи между европейцами (главным образом — торговцами), разрешали не шариатские суды по фикху, а консульские суды (создавались при иностранных консульствах) по нормам права соответствующей европейской страны. Может показаться, что такой принцип не имел прямого отношения к статусу исламского права в правовых системах средневековых мусульманских стран, поскольку он касался только иностранцев. Однако со временем юрисдикция консульских судов стала охватывать рассмотрение споров европейцев с османскими подданными. Такая метаморфоза привела к еще большему сокращению пределов действия исламского права.

Наиболее значимый элемент правовых систем мусульманских стран, который в Средние века ограничивал практическую реализацию исламского права, был представлен государственным законодательством. Оно получило широкое распространение в османскую эпоху и отличалось серьезными отклонениями от положений классического фикха. Об этом говорят акты османских властей по административным, финансовым, налоговым, уголовным вопросам. В качестве примера можно привести законы султана Селима I. 3 результате практической реализации такого законодательства сфера действия исламского права сужалась еще серьезнее.

Отступление исламского права, прежде всего, в результате развития государственного законодательства и неуклонно расширявшейся деятельности судебных органов, которые, по сути, не подчинялись фикху, объяснялось еще одной важной причиной, непосредственно связанной с эволюцией теоретических позиций фикха. Речь идет : концепции «таклида»,

т.е. следования традиции. В теории она исходила из «закрытия врат иджтихада» — прекращения (по крайней мере, заметного ограничения) процесса разработки новых выводов фикха с помощью его рациональных «указателей» (источников).

По этому вопросу среди самих мусульман и многих исследователей ислама преобладают неточные представления. Широко распространенной, если не сказать господствующей, является точка зрения, согласно которой, начиная с XI в. развитие фикха (во всяком случае, его суннитского варианта) практически приостановилось.

На самом деле «закрытие врат иджтихада» означало лишь невозможность создания новых школ фикха со своей системой «указателей», теоретических конструкций и собственной логикой подхода к формулированию правил внешнего поведения. Это отнюдь не свидетельствовало о прекращении иджтихада вообще. Господство идеи таклида привело лишь к тому, что выводы традиционного фикха, по сути, приобрели статус незыблемых, фактически безошибочных и не нуждающихся в серьезном обновлении. На практике иджтихад сводился к выбору нужного взгляда среди различных позиций, уже выработанных его авторитетными последователями в предыдущие эпохи (современные мусульманские правоведы применяют выражение «иджтихад, основанный на предпочтении»). Только изредка он достигал уровня формулирования немногочисленных новых решений в рамках того или иного толка.

Вместе с тем развитие фикха в Средние века не ограничивалось обобщением ранее сформулированных выводов и робким обоснованием новых конкретных решений. В это время получили развитие некоторые общие теоретические конструкции, концепции, которые были выдвинуты еще в первые века ислама, но оказались наиболее востребованными спустя столетия. Их актуализация объяснялась тем, что с течением времени под влиянием практики и через контакты с иными правовыми культурами фикх постепенно, но неуклонно приближался к освоению правовых начал. Конечно, правила, которые обосновывал средневековый фикх, далеко не всегда отвечали строгим юридическим критериям. Однако его ориентация на эти начала постепенно становилась все более четкой.

Вывод о выделении в представленной фикхом общей исламской системе социально-нормативного регулирования исламского права в собственном смысле подтверждается опытом правового

развития мусульманских стран. Он наглядно отражал эволюцию как фикха в целом в качестве исламской доктрины о конкретных правилах внешнего поведения, так и его исходных теоретических позиций. В частности, важной особенностью развития фикха в обоих его значениях — в качестве науки о правилах внешнего поведения и в смысле самих этих норм — было постепенное усиление рациональных моментов, отражавших потребности практики. Такая линия объективно способствовала накоплению в содержании фикха правовых элементов. Однако на уровне теоретических постулатов и правил, ориентированных на регулирование реальных отношений, это тенденция проявлялась по-разному.

Исходные начала доктрины (особенно «корни фикха») всегда носили преимущественно религиозный характер, зато в правилах внешнего поведения, сформулированных ею, отчетливо звучали рациональные аргументы. Но в целом историческая тенденция состояла в том, что фикх-доктрина с течением столетий, откликаясь на потребности практики, спонтанно уделял все более пристальное внимание обоснованию подходов, которые открывали дорогу к праву. В наиболее яркой форме это выразилось в разработке общих принципов фикха, которые наглядно свидетельствовали об обособлении юридических норм от религиозно-этических постулатов шариата. В частности, известный принцип «необходимость дозволяет запрещенное» использовался для обоснования учета реальных потребностей за счет отказа от сформулированных шариатом запретов. Косвенно такая конструкция допускала отношения, которые ориентировались на правовые начала, хотя прямо и не считались соответствующими шариату, поскольку непосредственно не укладывались в рамки фикха. Иначе говоря, постепенно исламская мысль при оценке действующих правил поведения стала исходить из достаточности того, чтобы они просто дозволялись шариатом.

Сходную роль играла и концепция «хийал» — ухищрений, стратагем, — выдвинутая еще в начальный период формирования фикха, но оказавшаяся наиболее актуальной именно в Средние века.

Одновременно в рамках фикха и его «корней» получили дальнейшее развитие концепции, которые объективно позволяли использовать опыт других правовых
культур, а в XIX в. сыграли важную роль в целенаправленном теоретическом обосновании заимствования европейских

правовых образцов. К ним, например, можно отнести теорию «интереса», согласно которой в основе всех правил фикха (прежде всего регулирующих мирские отношения людей) лежит удовлетворение их потребностей. Поэтому даже если точное предписание шариата в какой-либо момент перестает удовлетворять этому требованию, оно должно быть заменено другой нормой. Такое правило может быть и заимствованным и в чужой правовой культуре.

Еще одной ключевой теоретической конструкцией, открывавшей путь к реализации неисламских норм и институтов в правовых системах мусульманских стран, явилась концепция «шариатской политики». Она исходила из того, что власть несет ответственность за претворение норм шариата и должна решать все вопросы, касающиеся интересов мусульманской общины, только в его рамках. В то же время государство вправе принимать законодательство по вопросам, не урегулированным точными положениями шариата, в порядке осуществления иджтихада, если это диктуется потребностями подданных. Иными словами, теоретически власть наделяется полномочиями вводить в действие нормы, которые прямо не противоречат императивным предписаниям шариата. Этому требованию отвечают и правила, отражавшие опыт иных правовых культур, при условии, что они не вступают в конфликт с положениями Корана и сунны Пророка, т.е. не запрещают дозволенное и не дозволяют запрещенное этими источниками.

Но даже с учетом активного развития таких концепций исламская мысль теоретически продолжала исходить из безусловного верховенства шариата по отношению к государственному законодательству и обычаям. В частности, она считала приемлемыми только обычаи, не противоречащие шариату, хотя на практике соотношение между этими социально-нормативными регуляторами было прямопротивоположным: нормы шариата часто применялись только в том случае, если они допускались обычаями.

Со временем теория и практика настолько далеко разошлись друг с другом, что фикх был вынужден скорректировать свои позиции. Например, получил распространение взгляд, согласно которому земная власть еще не настолько совершенна, чтобы претворять идеал, представленный шариатом. Нужды реальной политики заставляли доктрину спускаться на «грешную землю» еще ниже. В османскую эпоху стало обычной практикой санкционирование верховным судьей Империи как приемлемого

с точки зрения шариата государственного законодательства, очевидно отходившего от него.

Все же, несмотря на такие подвижки в теории фикха, в целом на уровне практически действующих норм он не успевал за ходом истории. Уже в османскую эпоху фикх не в полной мере удовлетворял потребностям общественного развития многих регионов мусульманского мира. Однако даже с учетом приведенных фактов исламскому праву на протяжении столетий принадлежало центральное место в правовых системах мусульманских стран. Оно играло роль основного регулятора брачно-семейных, имущественных и нередко уголовно-правовых отношений, достаточно широко применялось при решении административно-финансовых и государственно-правовых вопросов.

Перелом наступил в середине XIX в., когда процесс становления исламского права как юридического явления, отличного от шариата, вступил в решающую фазу. Именно в это время его потенциальная способность к восприятию достижений других правовых культур проявилась в полной мере. Со второй половины /XIX столетия в положении исламского права произошли серьезные изменения, коснувшиеся двух принципиальных моментов.

Прежде всего речь идет о качественно новом этапе в развитии государственного законодательства, которое, в отличие от предыдущих эпох, начало отчетли
во ориентироваться на европейский опыт. В Османской империи это отразилось в реформах Танзимата, в результате которых было принято большое число правовых актов, представлявших собой причудливую смесь выводов фикха с нормами европейского законодательства. При этом заимствованные решения, как правило, заметно преобладали над традиционными исламскими подходами.

Такая линия получила логическое завершение в Египте, который, формально оставаясь в составе Османской империи, уже в начале XIX в. добился правовой автономии и перестал подчиняться османскому законодательству. Здесь восприятие европейских правовых образцов привело к введению в действие целого ряда отраслевых кодексов, радикально изменивших правовую систему страны. В 1876 г. вступили в силу гражданский, торговый, уголовный, гражданско-процессуальный, торгово-процессуальный кодексы, кодекс морской торговли для смешанных судов (эти органы правосудия

пришли на смену ранее действовавшим консульским судам). Все они были прямо заимствованы из Европы, прежде всего из Франции. В 1883 г. начали применяться почти ничем не отличавшиеся от указанных актов шесть кодексов для национальных египетских судов.

Египетское законодательство для смешанных судов действовало вплоть дс упразднения этих учреждений перед Второй мировой войной. Что касается кодексов для национальных судов, то почти все они оставались в силе значительно дольше, некоторые из них — вплоть до третьего тысячелетия. Новый уголовный кодекс был принят в 1937 г., а национальный гражданский кодекс 1883 г. уступил место следующему только в 1948 г. Еще более впечатляющим является пример национального торгового кодекса, замененного новым лишь в начале XXI в.

Современное исламское правоведение по-разному объясняет причины рецепции в XIX в. многими наиболее развитыми мусульманскими странами европейских правовых образцов. Со счетов не сбрасывается тот факт, что данный процесс был не только подготовлен предшествующей историей правового развития, но и объяснялся особенностями исламской правовой доктрины, которая, с одной стороны, доказала способность обогащать иные правовые культуры, а с другой — была открытой к восприятию чужого опыта. Вместе с тем исламские юристы отмечают и другие факторы, объективно способствовавшие рецепции мусульманским миром европейских законодательных образцов.

Известный египетский специалист в области теории и истории исламского права и исламских политических концепций Тарек Бишри выделяет три таких обстоятельства. Во-первых, он подчеркивает, что правовые системы, сложившиеся в мусульманском мире на основе шариата, были обращены в прошлое. Они отвечали, да и то не в полной мере, условиям предыдущих эпох, которые характеризовались застоем. Усилия отдельных правоведов, стремившихся возродить иджтихад в XVII—XVIII вв„ не могли изменить общую ситуацию и вдохнуть новую жизнь в исламское право, которое оказалось не в состоянии избавиться от пут прошлого. Дело здесь не в самих исходных началах шариата, восходящих к Корану и сунне Пророка, а в ограниченности их осмысления фикхом того времени.

Во-вторых, ученый указывает на достаточно быстрое социально-политическое развитие многих мусульманских стран в

XIX в. Динамичные перемены требовали соответствующих реформ правовой системы, в то время как традиционное исламская доктрина была не готова предложить нужные решения. В итоге власти Османской империи и Египта были вынуждены заимствовать необходимые правовые формы за пределами мусульманского мира. Результатом такой правовой политики стал двойственный характер правовой системы, при котором, с одной стороны, традиционное исламское право сохранило, хотя и в ограниченных масштабах, свои позиции, а с другой — заметное месте в них заняло заимствованное из Европы законодательство. Эти две подсистемы практически не взаимодействовали между собой и не были достаточно скоординированы.

В-третьих, по мнению египетского исследователя, еще одним фактором стало утверждение в мусульманском мире военно-политического и экономического господства европейских колониальных держав, которое, естественно, содействовало внедрению европейской правовой культуры. При этом мусульманские страны оказались в противоречивой исторической ситуации, когда они пытались противостоять колонизаторам и в то же время были вынуждены заимствовать их достижения, в том числе и в области права[3].

Оценивая подобные утверждения, нельзя забывать о преобладающем в мусульманском мире взгляде, согласно которому экспансия европейской правовой культуры в XIX в. объяснялась лишь политикой колонизаторов, которые силой навязывали свои законодательные образцы мусульманам. Объективный научный анализ не подтверждает такой вывод. Не отрицая фактор политического давления колониальных держав, надо признать, что рецепция европейского права рядом мусульманских стран выглядела достаточно естественно, прошла спокойно и не вызвала серьезных общественных потрясений. Такой ход событий лишь подтверждает корректность обоснования приведенных факторов, лежавших в основе восприятия отмеченными странами европейского правового опыта.

Дело не ограничивалось действующим правом. Широкая рецепция европейского законодательства непосредственно влияла на исламскую правовую мысль, которая оказалась вынужденной найти объяснение этому процессу и оценить его с

3. См.: Тарек Бишри. Правовые позиции между исламским шариатом и позитивным правом. Каир, 2005. С. 5—6 (на арабск. яз.).

позиций шариата и фикха. Такая формула, позволяющая соединить исламскую традицию с европейским подходом, была найдена. Отметим, что османское законодательство, несмотря на глубокое влияние европейской практики, официальна исходило из верховенства шариата. Иными словами, власть как бы освящала воспринимаемые правовые образцы авторитетом шариата, очевидно стараясь вписать европейский опыт в исламскую традицию. Правда, в этом выражался подход османского законодателя, который отнюдь не всегда находил поддержку у исламских правоведов. Поэтому более показательным является пример Египта, где заимствованное европейское законодательство было признано укладывающимся в рамки фикха самой исламской правовой мыслью.

Дело в том, что национальные кодексы 1883 г. были направлены на заключение мусульманским правоведами в университет «Аль-Азхар». Их вывод, который еще несколькими десятилетиями раньше был бы невероятным, в новую историческую эпоху звучал вполне естественно. Авторитетные факихи пришли к выводу, что большинство норм нового законодательства в той или иной форме уже зафиксировано различными толками фикха. Если отдельные положения законодательства и неизвестны традиционной доктрине, то они, во всяком случае, не противоречат императивным положениям шариата и отвечают общим интересам мусульман. Кроме того, закрепление этих правил в виде статей законодательных актов упрощает их единообразное применение судом, что также соответствует интересам мусульманского сообщества. Иными словами, основанные на европейских образцах акты были признаны допустимыми с точки зрения шариата[4].

Восприятие иностранного опыта в XIX в. отразилось на исламском праве не только в качестве «внешнего фактора», который заставил ислам уступить свои многие позиции законодательству европейского образца и одновременна вынудил исламскую мысль искать теоретическое оправдание этого процесса в шариате. Продолжая действовать рядом с «импортированным» законодательством, исламское право одновременно не могло не испытывать влияния европейской культуры.

4. См.: Али Али Мансур. Формы правления и администрации в исламском шариате и позитивном законодательстве. Сравнение шариата с конституционным и административным правом. Бейрут, 1971. С.18—19 (на арабск. яз.).

Можно согласиться с выводом Тарека Бишри, что в это время исламская и европейская правовые формы не были тесно увязаны между собой. Но нельзя не заметить, что обращение к европейскому опыту серьезно модифицировало исламское право изнутри, радикально изменив его содержание и форму. В этом заключалось еще одно направление эволюции места исламского права в правовых системах мусульманских стран под воздействием европейской правовой культуры.

Указанная тенденция прежде всего выразилась в кодификации фикха, т.е. в принципиальном изменении характера источников исламского права. Самым ярким образцом нового облика исламского права стала упоминавшаяся Маджалла, принятая в 1869—1876 гг. в Османской империи. По своему содержанию этот акт был сводом выводов фикха (в основном ханафитского толка) по имущественным, обязательственным и судебно-процедурным вопросам, а по форме — гражданским и гражданско-процессуальным кодексом в европейском понимании.

Введение в действие Маджаллы явилось завершающим шагом на многовековом пути к кодификации фикха. Известно, что еще на начальных этапах развития исламского государства предпринимались попытки придать выводам фикха законодательную форму. Однако до XIX в. высшей степенью государственного признания и систематизации решений доктрины было лишь непрямое официальное санкционирование норм определенной школы фикха. Это достигалось, в частности, путем фактической связанности шариатских судов положениями того или иного толка доктрины. Важным рубежом стало государственное признание одной из ее школ в качестве обязательной для судов. В Османской империи с определенного момента такой статус приобрел ханафитский толк фикха. Примером может служить трактат Ибрахима Халаби «Слияние морей», который на практике обладал, по существу, обязательной силой для османских суде

Но только Маджалла стала первой официальной кодификацией фикха и переломным моментом в превращении исламского права из доктринального в статутное, имеющее форму закона. Иначе говоря, с ее принятием доктрина начала уступать роль основного юридического источника исламского права нормативноправовому акту. Естественным итогом такой трансформации стало радикальное изменение его соотношения с государством и позитивным законодательством.

Принципиальное значение для такой эволюции имела ст. 1801 Маджаллы. Она предусматривала, что если законодатель выбрал из различных выводов фикха такой, который, на его взгляд, наиболее полно отвечает всеобщим интересам, то суд не вправе применять иные решения. В результате суд лишился права на иджтихад и оказался связанным положениями законодательства, закреплявшими выводы фикха. Поскольку даже заимствованные из Европы акты исламская мысль была склонна оценивать как систематизацию фикха или, по крайней мере, как свод не противоречащих ему норм, то толкование исламского права и применение выводов фикха оказались в зависимости от закона.

До Маджаллы исламская мысль, хотя бы теоретически, исходила из верховенства шариата (практически — фикха) по отношению к государству и позитивному законодательству. С принятием этого акта соотношение между ними поменялось на прямо противоположное. Теперь уже не принятые государством законы нуждались в их формальном освящении шариатом, а место исламского права в правовой системе стало определяться властью через принятие нормативно-правовых актов. Без такого санкционирования исламское право уже не могло считаться юридически обязательным.

Указанные реформы привели к глубоким изменениям в статусе толков фикха и значении иджтихада, который приобрел иное значение и получил новую форму. Сохранив свою роль в качестве основания доктринальных выводов и оценок, он постепенно начал выполнять важную функцию в деятельности государственных законодательных органов при разработке актов кодификации фикха, что особенно характерно для современного исламского права.

Современное исламское право: особенности и тенденции развития

Проведенные в XIX в. реформы до сих пор предопределяют основные тенденции развития современных правовых систем мусульманских стран, а также статус исламского права как их важного элемента. В результате этих трансформаций к концу указанного столетия сфера действия исламского права в наиболее развитых регионах мусульманского мира стала ограничиваться главным образом регулированием отношений личного статуса мусульман. В иных отраслях оно продолжало функционировать, как правило, неполно и непоследовательно.

С того времени, естественно, ситуация не оставалась постоянной. Однако в целом произошедший в XIX в. перелом, выразившийся в существенном сокращении рамок претворения исламского права, предопределяет его позиции и в современных правовых системах мусульманского мира. Конечно, это в равной мере не распространяется на все рассматриваемые страны. Имеются и исключения, наблюдается и противоположная тенденция — усиление позиций исламского права.

В целом исламское право играет далеко не одинаковую роль в современном правовом развитии мусульманского мира. Правовые системы некоторых стран ориентируются главным образом на шариат (фикх), в то время как в других реализуется модель светского государства, законодательство которого по своему характеру практически целиком основано на европейских традициях. Иными словами, наблюдается большое разнообразие правовых систем современных мусульманских стран. Но в наши дни ни в одной из них исламское право не является единственно действующим и во многих случаях даже не выступает центральным элементом правовой системы. В то же время исламское право не утратило в современном мусульманском мире своей роли комплекса юридических норм, хотя и действующих в модифицированном — по сравнению со Средневековьем — виде.

Взяв за основу масштабы действия норм исламского права в традиционной форме доктрины и степень его влияния на позитивное законодательство, можно выделить несколько групп правовых систем современного мусульманского мира.

Первую группу составляют страны региона Персидского залива и Аравийского полуострова — Саудовская Аравия, ОАЭ, Катар, Йемен, Иран, а также Пакистан и Судан. К ним примыкают Малайзия и Нигерия. Здесь исламское право продолжает действовать очень широко, охватывая как частное, так и публичное право. В ряде указанных стран оно является стержнем правовой системы. Именно эти два фактора — особая роль исламского права в публично-правовых отраслях и его статус в качестве главного элемента правовой системы — характеризуют современное правовое развитие отмеченных стран. Исламское право действует здесь как в форме доктрины, так и в виде системы нормативно-правовых актов. Приведем несколько примеров, подтверждающих этот вывод.

Саудовская Аравия остается единственной мусульманской страной, где исламское право продолжает применяться главным

образов в традиционной форме доктрины. Многие ключевые отрасли права до сих пор некодифицированы. Это относится прежде всего к таким элементам правовой системы, которые целиком ориентированы на нормы фикха (шариата). В частности, в Королевстве пока не приняты ни семейный, ни уголовный кодексы.

Центральное место исламского права в саудовской правовой системе закреплено Основным низамом (регламентом) о власти 1992 г. Провозглашая конституцией страны Коран и сунну Пророка Мухаммада (ст. 1), Основной низам признает их источником выносимых в Королевстве фетв (ст. 45) и предусматривает, что государство отвечает за претворение шариата (ст. 23). Регламентарная власть принимает низамы в соответствии с предписаниями шариата (ст. 67).

Эти принципы положены в основу действующих в Саудовской Аравии нормативно-правовых актов. Низам о правосудии 2002 г. постановляет, что в своих действиях судьи подчиняются лишь предписаниям шариата и соответствующих низамов. Детализируя это положение, низам о шариатском процессе 2001 г. предусматривает, что при рассмотрении дел суды применяют нормы исламского шариата, закрепленные Кораном и сунной Пророка, а также принятыми низамами, которые не противоречат указанным шариатским источникам. Аналогичная норма содержится и в низаме об уголовном процессе 2002 г.

В Саудовской Аравии принято немало законодательных актов (низамов), прямо основанных на положениях традиционного фикха (шариата) и подтверждающих их центральное место в правовой системе страны. К ним можно отнести низам о ведомстве жалоб 2008 г., низам о контроле за предписанным и пресечением запрещенного шариатом, низам о процедуре «байа» (избрания главы государства) 2007 г. Банковская и страховая системы Королевства также полностью подчинены требованиям шариата, что закреплено соответствующими низамами.

Вместе с тем в целом исламское право действует в указанной стране преимущественно в форме доктрины, а нормативно-правовые акты (низамы), согласно официальной концепции, регулируют лишь организационные и процедурные вопросы реализации его норм. Поэтому, например, принятие низама об уголовном процессе в отсутствие уголовного кодекса не должно вызывать удивление.

В других странах данной группы центральное место исламского права в правовой системе также закреплено на конституционном уровне, хотя и в различной форме. Конституция Йеменской Республики 1991 г. (с последующими изменениями и дополнениями) провозглашает шариат источником всего законодательства, а конституции ОАЭ 1996 г. и Катара 2004 г. называют шариат основным источником законодательства. Аналогичное по смыслу положение предусматривает и переходная конституция Судана 2005 г., хотя его формулировка учитывает тот факт, что на юге страны, где проживают преимущественно немусульмане, исламское право может не применяться.

Приоритетные позиции исламского права получили детальное закрепление в текущем законодательстве, ориентирующем суд на преимущественное применение шариата. Закон ОАЭ о Верховном федеральном суде 1973 г. предусматривает, что данный судебный орган применяет нормы шариата, федеральное законодательство и принятые в отдельных эмиратах законы, соответствующие предписаниям шариата, обычаи, принципы естественного права и нормы иностранного права, которые не противоречат положениям шариата. Закон о судебной системе 1978 г. обязывает все федеральные судебные органы обращаться к нормам шариата, федеральному законодательству и иным законам, а также к не противоречащим шариату обычаям и общим принципам права.

Принципиальное положение о соотношении исламского права и позитивного законодательства закрепляет и Кодекс гражданских правоотношений ОАЭ 1986 г., в соответствии с которым в основу понимания, формулирования и толкования его статей положены нормы и принципы фикха. Иначе говоря, в ОАЭ действует прежде всего исламское право, а применение законодательства и иных источников зависит от их соответствия или, по крайней мере, непротиворечия шариату. Особая роль последнего в правовой системе этой страны подтверждена и одним из решений апелляционного суда Абу-Даби, в котором указывалось, что к публичному порядку относится все, связанное с религией, а значит — и исламское право.

Аналогичная ситуация наблюдается в Судане. Действующий здесь Закон об основах судебных решений 1983 г. предусматривает, что при молчании закона судья применяет положения Корана, сунны Пророка и другие традиционно признаваемые источники фикха, а также его общие принципы.

Обращение к судебным прецедентам и обычаям допускается только при условии их непротиворечия шариату, его принципам и конкретным выводам фикха. Кроме того, этот акт (не имеющий аналогов в других мусульманских странах) обязывает судью при толковании норм применяемого законодательства исходить из того, что законодатель не имел в виду вводить нормы, противоречащие шариату в части установленных им точных запретов или дозволений. Одновременно судья должен толковать все содержащиеся в законодательстве термины, понятия и формулировки только в соответствии с положениями шариата, его общими принципами и общим духом, а также с принятой в фикхе методологией.

На близкие критерии ориентируется и правовая система Пакистана. Конституция 1973 г. предусматривает, что все действующие законы должны быть приведены в соответствие с предписаниями ислама, закрепленными Кораном и сунной Пророка, и никакое вновь принимаемое законодательство не может им противоречить. Для реализации этих предписаний в Пакистане создан специальный Совет исламской идеологии, имеющий конституционный статус. Кроме того, Закон о претворении шариата 1991 г. детально регламентирует верховенство шариата в правовой системе страны, закрепляет правила толкования законодательства в свете шариата, очерчивает общие ориентиры исламизации системы образования и экономики.

Ключевая роль исламского права в правовых системах всех указанных стран наглядно выражается в том, что уголовное право здесь основано на предписаниях шариата и фикха. По сути, это является едва ли не самой яркой чертой, отличающей позиции исламского права в данной группе государств.

Вторую группу составляют правовые системы практически всех других арабских стран за исключением Туниса. Конституции некоторых из них (Египта, Кувейта, Бахрейна) закрепляют статус шариата или его принципов как основного источника законодательства. Однако в целом исламское право здесь не играет роли стержня правовой системы. Его позиции ограничены главным образом регулированием брачно-семейных и наследственных отношений. Правда, в последние десятилетия в указанных странах активно развиваются исламские предпринимательские институты — банки, страховые компании, инвестиционные фонды, — правовые основы организации и деятельности которых ориентируются на сочетание

законодательства европейского типа с положениями исламского права.

Вместе с тем даже в этих странах наблюдается тенденция усиления роли исламского права на уровне правовой системы в целом. Показательным является пример Египта. В мае 1980 г. в конституцию 1972 г. было внесено изменение, в соответствии с которым принципы шариата ныне провозглашены не просто одним из источников законодательства, а его главным, ведущим источником. В египетском парламенте создана специальная комиссия для контроля за тем, чтобы ни один из принимаемых законов не противоречил принципам шариата.

Анализ современных правовых систем мусульманских стран под углом зрения влияния на них шариатского наследия ставит ряд вопросов, касающихся нынешнего состояния исламского права. В частности, для его характеристики важнейшее значение имеют те изменения, которые происходят в форме и технико-юридическом содержании современного исламского права в результате кодификации отдельных его отраслей, включения его норм, принципов и институтов в законодательство.

В настоящее время есть основания говорить о формировании своего рода современного исламского права, которое по своим принципам и содержанию ориентируется на исходные начала традиционного фикха, а по форме испытывает глубокое влияние европейской правовой традиции. Едва ли не главное отличие ныне действующего исламского права от его традиционной модификации заключается в его соотношении с позитивным законодательством. В современных правовых системах исламское право сравнительно редко выступает в традиционной форме доктрины, которая остается ведущим его источником в немногих странах и лишь применительно к отдельным отраслям. В большинстве случаев его нормы закрепляются в принимаемом государством законодательстве. В итоге доктрина (фикх) в качестве основного источника исламского права уступает место законодательству, а отличающиеся плюрализмом взгляды различных школ заменяются однозначными и абстрактными нормами, которые очень часто не сводятся к одному определенному толку и исходят из иного понимания иджтихада.

Кодификация шариата (точнее — фикха), включение его положений в нормативно-правовые акты или даже принятие «исламского» законодательства ставят вопрос о значении такой трансформации для самого исламского права и его роли в современных правовых системах. Иными словами — допустимо

ли считать положения такого законодательства исламским правом, а как новую его форму (юридическим источником) рассматривать нормативно-правовой акт?

Ответ на этот вопрос не может быть однозначным, поскольку сама поставленная проблема имеет несколько сторон. При рассмотрении ее необходимо прежде всего, учитывать роль исламского права в целом. В правовых системах отдельных стран (Саудовской Аравии, Судана, Йемена, Пакистана, Ирана) исламское право продолжает оставаться ведущим элементом, определяющим их основополагающие начала и общую направленность. Такие системы в целом сохраняют исламский правовой характер. Действующее здесь законодательство, которое прямо закрепляет институты и ведущие принципы мусульманского права, можно считать источником (внешней формой) последнего.

В большинстве мусульманских стран, где исламское право не занимает центрального места в правовой системе, ситуация иная. Как правило, здесь его нормы и институты действуют в форме законодательства. Значение последнего для самого исламского права различно Например, отношения личного статуса в этих странах исламское право на протяжении веков регулировало в традиционном виде доктрины. Теперь все основные ее выводы, касающиеся данной отрасли, закреплены в нормативно-правовых актах. При этом предусматривается, что в случае молчания закона судья обращается к выводам определенного толка фикха. Учитывая данный факт, такое законодательство следует рассматривать в качестве самостоятельной формы исламского права. Необходимо также учитывать такой важный социальнопсихологический фактор, как отношение к указанным нормативно-правовым актам мусульманских юристов, которые, как правило, считают их формой систематизации самого исламского права.

Иной характер имеют нормативно-правовые акты, которые хотя и воспринимают единичные исламские правовые положения, но в целом не отличаются исламской направленностью. Это относится, в частности, к современному гражданскому законодательству большинства мусульманских стран. Его отдельные статьи, сформулированные с учетом выводов исламской правовой доктрины, являются скорее не предписаниями самого исламского права, а нормами, которые ведут от него свое происхождение (в лучшем случае). Главное в том, что эти нормы подчинены общему смыслу законодательства,

имеющего мало общего с исламским правом, и поэтому во многом лишились своей традиционной специфики. Не случайно гражданские кодексы, как правило, ставят применение выводов исламской правовой доктрины в качестве субсидиарного источника в зависимость от их соответствия общим принципам гражданского законодательства.

Следует также учитывать, что принятие законодательства, закрепляющего положения шариата и ориентирующегося на его общие принципы, ведет к серьезным изменениям технико-юридического содержания исламского права, характера его норм и соотношения их с религиозными правилами поведения. Традиционно эти нормы в большинстве случаев носили казуальный характер, представляли собой индивидуальные решения конкретных споров и выражались в противоречивых выводах доктрины. В результате отмеченной трансформации предписания современного исламского права приобретают привычный для законодательства вид единообразных общих правил поведения.

Подводя итог сказанному, еще раз отметим отличительные особенности современного исламского права. Прежде всего бросается в глаза превращение статута в его основной источник при сохранении за доктриной субсидиарной роли. Одновременно характерной чертой современного исламского права является отказ от связанности определенным толком фикха (как при кодификации его норм, так и в ходе применения доктрины в качестве его источника). Необходимо также иметь в виду серьезное изменение соотношения материального и процессуального исламского права, которое теперь очень часто применяется нешариатскими судами и без учета традиционных правил фикха.

Эти и другие изменения свидетельствуют о прямой зависимости современного исламского права от государства, его заметной секуляризации и превращении в систему юридических норм, действующих при условии их официального властного признания, одной из форм которой является исламское законодательство. Вопрос о позитивном (статутном) исламском праве является ключевым для толкования и реализации предписаний конституций многих мусульманских стран, провозглашающих шариат или его принципы основным источником законодательства, находится в центре широко обсуждаемой в этих странах проблемы «претворения шариата» и кодификации фикха.

Становление современного исламского права ставит немало теоретических проблем и актуализирует давно известные фикху концепции. Речь, в частности, идет о соотношении шариата и фикха, необходимости или недопустимости их кодификации, новой трактовке теории шариатской политики. Вместе с тем в современном исламском праве особое значение приобретает учет неизменных и подвижных (гибких) положений, конкретных норм и общих принципов.

Немало теоретических споров вызывает вопрос о сочетании связанности государства императивными нормами фикха и возможности заимствования зарубежного опыта. Сам феномен кодификации норм фикха, включения исламских правовых принципов, норм и отдельных институтов в основанное на заимствовании европейских образцов законодательство — яркий пример позитивного диалога исламской и европейской правовых культур. Есть все основания утверждать, что на современной правовой карте мира сформировалось статутное позитивное исламское право, тесно взаимодействующее с другими правовыми семьями.

Правовые системы современных мусульманских стран крайне разнообразны по той роли, которую играет в них исламское право: от ориентации на шариат (фикх) до конструкции, по сути, светского государства. Опыт правового развития данного региона актуален для изучения различных моделей сочетания в исламе религиозного и юридического начал, между которым нет прямой жесткой зависимости. Эта особенность позволяет объективно подойти к анализу роли ислама и перспектив исламской правовой культуры в светском государстве, что представляет несомненный теоретический и практический интерес для многих стран, в том числе и России.