

САНКТ-ПЕТЕРБУРГСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ

Л. Р. Сюкияйнен

ОСНОВЫ ТЕОРИИ ИСЛАМСКОГО ПРАВА

Учебное пособие



ИЗДАТЕЛЬСТВО САНКТ-ПЕТЕРБУРГСКОГО УНИВЕРСИТЕТА

УДК 34.01

ББК 67

С98

Рецензенты: д-р юрид. наук, проф. *И. Ю. Козлихин* (С.-Петерб. гос. ун-т);
Первый зам. председателя ДУМ РФ, канд. полит. наук,
проф. *Д. Мухетдинов* (Моск. ислам. ин-т)

Автор: д-р юрид. наук, проф. *Л. Р. Сюкияйнен* (ВШЭ)

Сюкияйнен Л.Р.

С98 Основы теории исламского права: учеб. пособие. — СПб.:

Изд-во С.-Петерб. ун-та, 2019. — 163 с.

ISBN 978-5-288-05993-3

Учебное пособие посвящено ключевым вопросам теории исламского права. Автор анализирует понятия шариата и фикха, их структуру и соотношение между ними. Формулируется понятие исламского права в его соотношении с шариатом и фикхом. Особое внимание уделяется общим принципам фикха и отражению в них юридических особенностей исламского права. Прослеживается историческая эволюция места исламского права в правовой жизни мусульманских стран. Раскрывается место исламского права в современных правовых системах мусульманских стран и его взаимодействие с европейской правовой культурой. Показана специфика современного исламского права.

УДК 34.01

ББК 67

Издание осуществлено

в рамках реализации Федеральной целевой программы по подготовке специалистов с углубленным знанием истории и культуры ислама

ISBN 978-5-288-05993-3

© Санкт-Петербургский
государственный университет, 2019

© Л. Р. Сюкияйнен, 2019

СОДЕРЖАНИЕ

ВВЕДЕНИЕ	5
1. Шариат, фикх и исламское право.....	8
1.1. Шариат: определение, структура, особенности нормативных предписаний	8
1.2. Фикх: наука и универсальная система социальных норм.....	15
1.3. Соотношение между шариатом и фикхом	20
1.4. Отражение в фикхе правовых начал.....	25
1.5. Общие принципы фикха — квинтэссенция юридических особенностей исламского права	30
1.6. Исламское право как юридическое явление и его соотношение с шариатом и фикхом.....	64
2. Исламское право в современных правовых системах мусульманских стран	76
2.1. Реформы XIX в. — переломный момент в развитии исламского права	76
2.2. Современное исламское право: особенности и тенденции развития.....	90
2.3. Шариат как источник законодательства: конституционная теория и практика арабских стран.....	100
3. Исламская и европейская правовые культуры: взаимодействие и противостояние	120
3.1. Религиозные факторы взаимодействия	120
3.2. Семейное и уголовное право: противостояние без конфликта?	123

3.3. Гражданское и предпринимательское право — пример взаимного сотрудничества.....	128
3.4. Правовые основы исламской экономики: взаимодействие исламской и европейской правовых культур	132
3.5. Конституционное и судебное право: конфликт наряду с адаптацией заимствованного опыта.....	140
3.6. Позитивное законодательство: оценка с позиций исламского права	145
3.7. Перспективы взаимодействия исламской и европейской правовых культур	151
ЗАКЛЮЧЕНИЕ.....	158
СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ	161

ВВЕДЕНИЕ

Исламское право является одной из важнейших сторон исламской культуры (цивилизации), заметной частью мировой правовой культуры. На протяжении веков оно складывалось как оригинальное юридическое явление и основа правовых систем многих стран Азии и Африки, а в отдельные исторические периоды — ряда регионов Европы. И в настоящее время исламское право представляет собой одну из ведущих правовых семей современного мира, оказывает серьезное влияние на право мусульманских стран. Во многих из них исламское право до сих пор выступает стержнем правовой системы, практически во всех оно положено в основу семейного и наследственного права. В ряде мусульманских государств исламское право играет заметную роль в уголовном праве, широко применяется в организации и функционировании судебной системы. Отдельные нормы, принципы и институты исламского права используются в конституционном, гражданском и налоговом праве.

В последние десятилетия в большинстве регионов мусульманского мира сложилось своего рода исламское экономическое (предпринимательское) право, которое является ведущим элементом правовой основы феномена, получившего название «исламская экономика». Все основные проблемы, с которыми сталкиваются в настоящее время исламские предпринимательские струк-

туры и государственные институты, стремящиеся проводить исламскую экономическую политику, носят правовой характер.

Изучение теории и практики исламского права в целом имеет большое значение для решения ряда правовых и политических проблем современной России. В истории нашей страны с XVIII в. вплоть до начала минувшего столетия исламское право действовало в качестве элемента ее правовой системы. С конца 20-х годов XX в. и до распада СССР нормы шариата и адата не имели юридической силы, но фактически сохранялись, хотя и за рамками официального правового порядка.

В современной России с конца прошлого века наблюдается процесс пробуждения ислама. Активизируется его включение в политическую, социально-экономическую и культурную жизнь страны. В последнее время исламская правовая культура вновь начинает оказывать влияние на российскую общественную практику. В качестве примера отметим споры о ношении хиджаба в учебных заведениях или о фотографировании для паспорта в мусульманском женском платке. К исходным началам исламской правовой культуры периодически обращаются российские суды. В нашей стране уже имеется практика разрешения судебных споров, связанных со свободой совести в отношении мусульман и мусульманских организаций, что требует учета позиций исламской правовой доктрины. Российские суды регулярно рассматривают дела, связанные с экстремистской деятельностью. Многие из них касаются мусульман, мусульманских организаций, исламских изданий. Принятие судебных решений по таким делам часто требует знаний ислама, шариата и исламского права.

Особую остроту в последнее время приобрела проблема шариатских судов. Ее строго правовой анализ должен исходить из того, что российское законодательство в целом и в частности по вопросам медиации и третейского судопроизводства в принципе не препятствует обращению к отдельным нормам и институтам исламского права, в том числе и в процессе отправления правосудия.

В российских регионах традиционного распространения ислама активно обсуждается вопрос о прямом включении в отраслевое

федеральное и региональное законодательство норм и институтов исламского права. Эту идею разделяют даже ученые-юристы, представляющие известные в стране юридические вузы. Однако указанные инициативы, как правило, обсуждаются и обосновываются в юридическом отношении некорректно, без учета особенностей взаимодействия исламского права с европейской (в данном случае российской) правовой культурой и имеющегося опыта такого взаимодействия.

В целом нельзя исключать того, что в рамках конституции и иного действующего законодательства элементы исламского права найдут свое место в правовой жизни России. Однако практическая реализация такой возможности тормозится ограниченностью знаний об основах исламского права и опыте его взаимодействия с правом европейского образца.

Исламская правовая культура призвана сыграть особую роль в противодействии экстремизму под исламскими лозунгами, поскольку мусульманские радикалы обосновывают способы и цели своей преступной деятельности ссылками на исламские правовые постулаты. Поэтому идейное направление этой борьбы является одним из самых важных. Противодействие отмеченной опасности невозможно без обращения к позитивным достижениям традиционной и современной исламской правовой мысли. Причем первоочередное значение для решения указанных проблем имеют общие принципы исламского права, его исходные ориентиры и приоритеты, освоение которых требует глубоких знаний исламской правовой теории.

Путь к использованию позитивного потенциала исламского права во благо нашей страны, ее политико-правового развития лежит через усвоение его теоретических устоев, ведущих особенностей его действия в условиях современного мира и взаимодействия различных правовых систем. Только на этой основе попытки решения конкретных проблем будут успешными.

ШАРИАТ, ФИКХ И ИСЛАМСКОЕ ПРАВО

1.1. ШАРИАТ: ОПРЕДЕЛЕНИЕ, СТРУКТУРА, ОСОБЕННОСТИ НОРМАТИВНЫХ ПРЕДПИСАНИЙ

С конца истекшего столетия в России появилось немало новых работ, посвященных исламскому праву в целом или его отдельным аспектам. Продолжается переиздание аналогичных по тематике трудов, которые впервые увидели свет еще во второй половине XIX — начале XX в. Всем интересующимся исламским правом доступны исследования, опубликованные на русском языке в других странах СНГ. Кроме того, выходят в свет в русском переводе работы специалистов по шариату из мусульманских и западных стран.

В большинстве этих исследований, как и подготовленных еще в советский период, исламское право рассматривается как синоним шариата, в котором религиозное и правовое начала принципиально не отделены друг от друга. На этом основании некоторые авторы вообще отрицают юридический характер исламского права.

На наш взгляд, анализ соотношения указанного феномена с шариатом с позиций современной правовой науки позволяет увидеть достаточно четкое их различие. Но в любом случае выявление характерных черт исламского права как юридического явления невозможно без ответа на вопрос о том, что же представляют собой шариат и фикх.

В исламской традиции термин «шариат» используется для обозначения начертанного Аллахом пути, следуя которым правоверный достигает мирского совершенства и благополучия, а по окончании своей земной жизни может рассчитывать на божественную милость. Например, в содержащемся в Коране обращении Аллаха к своему посланнику: «Потом Мы наставили тебя, Мухаммад, на путь велений веры. Следуй же по нему ...» (45:18), — указанный путь назван по-арабски «шариатом». Общий лингвистический смысл этого термина становится яснее, если учесть его происхождение от глагола «ша-ра-а», который неоднократно встречается в Коране в значении «предписывать, устанавливать что-либо в качестве обязательного» (например, 42:13, 21).

Одновременно в исламской научной мысли утвердилось специальное, используемое при изучении ислама определение шариата как совокупности обращенных к людям предписаний, установленных Аллахом и переданных им через своего посланника — Пророка Мухаммада. Такое понимание вызывает по крайней мере три вопроса и одновременно позволяет дать принципиальные ответы на них.

Во-первых, из приведенного выше определения достаточно очевидно, где следует искать предписания шариата. Ведь Пророк Мухаммад оставил своим последователям два источника божественных заповедей. Ими являются Коран — священная книга ислама, непосредственно представляющая собой откровение Аллаха, и Сунна Пророка — собрание преданий (хадисов) о деяниях и изречениях последнего, которые также рассматриваются исламской мыслью как воплощение воли Всевышнего, хотя и выраженной в косвенной форме через описание поступков или передачу высказываний его посланника.

Во-вторых, сложившееся в исламской традиции определение шариата заставляет поразмышлять над тем, какие же конкретно предписания подразумеваются под шариатом. Отвечая на этот вопрос, необходимо отметить, что, по мнению большинства исламских мыслителей, шариат состоит из трех частей — религиозной догматики, исламской этики и так называемых практических норм, регулирующих внешнее поведение людей. Причем норма-

тивная часть шариата — не просто некое дополнение к исламской догматике и этике, а его важнейшая составляющая. Не случайно некоторые авторитетные исследователи считают, что религиозная догматика занимает в шариате даже подчиненное положение по отношению к праву, а отдельные направления исламской мысли вообще ограничивают шариат правилами внешнего поведения человека. В частности, такого мнения придерживается шиитская исламская теория. Но и среди правоведов суннитской ориентации нетрудно найти ученых, которые разделяют такой подход. Показательным примером является широко известная книга Мухмуда Шалтута, который в 40-х годах прошлого века был муфтием Египта. Само ее название — «Ислам: догматика и шариат» — говорит о том, что автор не включает в шариат догматические постулаты ислама. Да и содержание этого труда подтверждает, что к шариату ученый относит лишь те предписания ислама, которые устанавливают правила поведения людей в различных сферах их жизни.

Важно иметь в виду, что в нормативном отношении шариат включает как культовые предписания, устанавливающие порядок исполнения сугубо религиозных обязанностей, так и правила, регулирующие мирские взаимоотношения мусульман. Подчеркивая особенности соотношения этих двух разновидностей норм шариата, академик В. Бартольд писал: «Христианин, чтобы исполнить требования своей веры, должен забыть себя ради бога и ближнего; от мусульманина его закон требует, чтобы он среди своих дел не забывал бога, совершал в положенное время молитвенный обряд и отдавал часть своего имущества в пользу бедных».

Если в этой оценке выражение «среди своих дел» выделить особо, а под словом «закон» понимать «шариат» (очевидно, это и имел в виду автор), то получится достаточно емкая характеристика последнего. Иначе говоря, шариат не исчерпывается постулатами, определяющими убеждения, внутренний мир и состояние религиозной совести мусульманина или же касающимися порядка совершения им религиозных обрядов. Не меньшее значение он уделяет проблемам повседневной жизни, поведению мусульман в их отношениях между собой, с властью и иноверцами. В значительной

мере именно поэтому ислам является не только определенным религиозно-этическим учением, но и не в последнюю очередь особой культурой, цивилизацией. Он не следует принципу «кесарю — кесарево, а богу — богово». Наоборот, шариат нацелен в равной степени как на решение догматических и культовых вопросов, так и на регулирование мирского поведения мусульман, формирование их образа жизни в целом.

В-третьих, в связи со сказанным естественно встает вопрос о том, насколько полно регулируют нормы шариата поступки человека. Является ли он всеобъемлющей системой социально-нормативного регулирования или ограничивается лишь установлением общих рамок поведения, оставляя частности за пределами своего внимания?

Относительно масштабов шариата как нормативной системы высказываются различные взгляды. Согласно одному из них, шариат содержит готовые правила поведения в любых ситуациях, а сам он представляет собой не имеющую пробелов систему норм, охватывающую все возможные поступки мусульман и досконально регулирующую их образ жизни. В общественном мнении немусульманских стран, да и среди многих последователей ислама преобладает представление, будто шариат — это всепроникающий и предельно детализированный комплекс правил поведения, регламентирующий каждый шаг и даже мысли мусульманина, все предписывающий ему заранее и не оставляющий никакой свободы выбора. В обыденном сознании шариат чаще всего воспринимается именно в таком виде, что наглядно прослеживается в широко распространенном, хотя и некорректном с научной точки зрения выражении «законы шариата».

Такое мнение, однако, разделяется далеко не всеми. Многие авторитетные исламские ученые считают, что нормативная сторона шариата в точном значении этого понятия складывается из нескольких групп предписаний. К одной относятся те положения Корана и Сунны, которые имеют ясный и однозначно понимаемый смысл. Другая группа предписаний шариата нормативного характера представлена теми священными текстами, в которых

предусмотрены лишь исходные ориентиры и принципы поведения людей. К ним примыкают те закрепленные указанными священными текстами правила, которые внешне выглядят частными и относящимися к конкретным сторонам поведения человека, но допускают несколько вариантов своего понимания и поэтому не могут служить критериями оценки поступков людей без дополнительной интерпретации.

Действительно, в нормативном отношении шариат допустимо называть универсальной системой социального регулирования. Но не потому, что он включает в себя абсолютно все готовые правила, а прежде всего в силу охвата его предписаниями самых разнообразных, практически всех сторон внешнего поведения человека — религиозной (культовой), этической, бытовой и т. п. Среди положений шариата, как будет показано, имеются и нормы, отвечающие правовым критериям.

Важно иметь в виду заметные различия между чисто религиозными положениями шариата и его предписаниями по мирским вопросам. Так, среди положений Корана и Сунны Пророка можно найти почти все конкретные правила исполнения мусульманами своих религиозных обязанностей. Следует подчеркнуть, что эти шариатские постулаты непосредственно основываются на божественном откровении и поэтому являются для приверженцев ислама священными и неизменными. Кроме того, указанные заповеди, как правило, точны, не требуют дополнительного толкования и воспринимаются всеми мусульманами без существенных различий. Наконец, с течением веков данные положения шариата практически не менялись и не дополнялись, оставаясь незыблемыми основами веры.

Подобных точных норм, затрагивающих мирские взаимоотношения людей, в шариате совсем немного. Заметным исключением являются лишь вопросы брака, семейной жизни и наследования, которые остаются относительно стабильными и независимыми от времени и местных обстоятельств. Поэтому в детальных предписаниях Корана и Сунны они отражены с достаточной полнотой.

Однако в целом по мирским вопросам в шариате заметно преобладают общие недетализированные положения. Исламская мысль

объясняет это тем, что такие взаимоотношения людей практически неисчерпаемы и, естественно, не могут быть детально отражены в прямой форме в священных текстах. Регулирующие эти отношения правила внешнего поведения должны соответствовать местным условиям, традициям, обычаям и не являются едиными для всего исламского мира. Жизнь постоянно поднимает новые политические, социальные, экономические, культурные, бытовые вопросы, прямые ответы на них невозможно отыскать в Коране или Сунне Пророка. Поэтому в этих источниках по большинству мирских вопросов сформулированы лишь общие ориентиры, которые должны наполняться конкретным содержанием с учетом особенностей времени, условий и места. Эта задача возложена Аллахом на самих мусульман.

Тем не менее исламская традиция рассматривает шариат в качестве системы, соответствующей любым условиям, отвечающей потребностям каждой эпохи, способной ответить на всякий вопрос. В подтверждение такой оценки приводится, в частности, следующее высказывание Аллаха: «Ведь Мы ничего не упустили в этом Писании» (6:38). Но универсальность шариата заключается не в наличии в Коране и Сунне Пророка готового ответа на любой вопрос. Она состоит в том, что по некоторым проблемам в этих источниках действительно имеются достаточно точные и определенные решения, а по другим шариат предусматривает все необходимые приемы и способы формулирования правил и оценок. Образу говоря, для одних ситуаций в шариате имеется уже готовая одежда, в то время как для иных случаев он предлагает удобные лекала, по которым людям самим предстоит сшить себе платье, подходящее им по размеру, соответствующее климату и созвучное принятым в том или ином обществе традициям.

Важно помнить, что такие приемы определения правил поведения особенно актуальны для мирской стороны образа жизни мусульман, не обеспеченной конкретными предписаниями шариата.

Чтобы представить соотношение между ситуациями, предусмотренными точными положениями Корана и Сунны, и обойденными их вниманием случаями, приведем пример из истории исламской правовой мысли. Рассказывают, как однажды имаму

Малику бин Анасу, основателю одного из крупнейших толков исламской юриспруденции, задали 40 вопросов. На 36 из них он ответил: «Не знаю». Конечно, великий правовед мог предложить свое решение по любой из затронутых проблем. Просто, давая отрицательный ответ, он имел в виду, что не может найти готовых решений на подавляющее большинство поставленных вопросов собственно в шариате, т. е. в Коране или Сунне Пророка.

Шариат не был бы универсальной системой социальных норм без инструмента, позволяющего формулировать правила поведения по вопросам, оставленным Кораном и Сунной за пределами их точных предписаний. При этом исламская теория исходит из того, что возможность самостоятельного подхода к решению мирских дел представляет людям сам шариат, в котором можно найти немало положений, поощряющих творческое начало в установлении правил поведения при наличии пробелов в этих источниках. В частности, такой вывод подтверждается знаменитым преданием о разговоре посланника Аллаха со своим сподвижником Муазом, назначенным судьей в Йемен: «По чему ты будешь судить?» — спросил Мухаммад. «По писанию Аллаха», — отвечал Муаз. «А если не найдешь?» — поинтересовался Пророк. «По Сунне Посланника Аллаха», — сказал Муаз. «А если и там не найдешь?» — вопрошал Мухаммад. «То буду судить по своему мнению, не пожалев сил на поиск верного решения», — отвечал Муаз. «Хвала Аллаху, наставившему тебя на угодный Ему путь!» — воскликнул Пророк.

Поиск правил поведения путем их рационального формулирования в случае молчания Корана и Сунны или толкования общих постулатов и многозначных положений священных текстов получил в исламской традиции название «иджтихад» (буквально — усердие, прилежание, настойчивость). В исламской мысли сложилось определение иджтихада как приложения усилий с целью получить соответствующее шариату правило поведения или дать шариатскую оценку тому или иному поступку человека в ситуации, по которой Коран и Сунна не предлагают готовых точных решений. Эта миссия возлагается на муджтахидов, т. е. тех знатоков шариата, которые и осуществляют иджтихад.

1.2. ФИКХ: НАУКА И УНИВЕРСАЛЬНАЯ СИСТЕМА СОЦИАЛЬНЫХ НОРМ

Иджтихад составляет основное назначение специальной области исламского знания, которая изучает правила внешнего поведения человека и носит наименование «фикх» (буквально — глубокое знание, проникающее в суть изучаемого предмета). Именно отсутствие в священных текстах детальных норм вместе с преобладанием в них по мирским вопросам общих многозначных положений вызвали к жизни фикх как науку о нормативной стороне шариата.

Исламская мысль понимает фикх как знание правил внешнего поведения на основе изучения их источников либо как науку об извлекаемых из этих источников нормах или оценках поступков человека. Природу фикха полнее раскрывает более широкое его определение, данное великим исламским ученым Ибн-Хальдуном (1332–1406): «Фикх — это знание ниспосланных Великим Аллахом правил, которые оценивают поступки всех тех, кто должен подчиняться этим заповедям, как обязательные, осуждаемые, поощряемые, запрещаемые или дозволенные. Указанные правила получают из Писания (т.е. Корана), Сунны или иных источников, которые для распознавания этих норм установил Законодатель (т.е. Аллах). Извлеченные из таких источников нормы также называются фикхом».

Анализ приведенного выше определения позволяет выделить два значения фикха. Во-первых, он является особой областью исламского знания, которая изучает правила внешнего поведения. Во-вторых, под фикхом подразумеваются сами указанные нормы. Такие правила формулируются с помощью «корней» фикха, которые позволяют найти нужное правило поведения либо оценить поступок человека. Они включают два элемента — шариатские указатели поведенческих правил и установленные шариатом способы, методы их формулирования.

В литературе шариатские указатели обычно называют источниками мусульманского (исламского) права. На самом деле по своему

смыслу они лишь частично сопоставимы с юридическими источниками права, поскольку представляют собой не только внешнюю форму неких норм, но и приемы, которые позволяют определить правило выраженного внешне поведения человека либо дать ему соответствующую шариату оценку.

Исламская мысль разработала немало классификаций шариатских указателей в зависимости от различных критериев. По признаку отношения к божественному откровению все они делятся на две основные группы. Одна из них включает священные тексты — Коран и Сунну пророка Мухаммада. Важно иметь в виду, что, взятые в целом, они рассматриваются в качестве обобщающих указателей правил внешнего поведения, но их источниками в непосредственном смысле не являются. Подобная оценка объясняется тем, что отдельные положения этих текстов — нормативные (оценочные) стихи Корана и хадисы — фикх считает не готовыми правилами, а всего лишь их детализирующими указателями, из которых соответствующие нормы или оценки еще предстоит извлечь. Иными словами, эти детализирующие указатели являются связующим звеном между обобщающими указателями и правилами внешне выраженного поведения.

В целях формулирования конкретных правил внешнего поведения на основе детализирующих указателей исламская мысль, занимавшаяся «корнями» фикха, разработала шариатские методы — систему лингвистических и логических приемов толкования отдельных предписаний Корана и хадисов. Это было сделано в ответ на потребности практики, когда шариат стал восприниматься как вместилище всех правил внешнего поведения в мусульманском обществе. Такие методы называются шариатскими, во-первых, потому, что исламская мысль считает их предусмотренными самим шариатом. А во-вторых, данное определение означает, что эти методы дают возможность обнаружить правила, изначально уже содержащиеся в воле Аллаха — в Коране и Сунне Пророка, т. е. в шариате.

Указанные методы играют роль инструмента, помогающего извлечь нужную норму или оценку из детализирующих указателей с учетом других положений и смысла обобщающих указателей —

священных текстов (Корана и хадисов). Очень важно иметь в виду, что в поиске правил внешнего поведения фикх-доктрина и наука, занимавшаяся «корнями» фикха, анализировали обстоятельства, которые послужили причиной ниспослания того или иного стиха Корана или высказывания Пророка Мухаммада либо совершения им определенного поступка. Кроме того, в случае отсутствия в священных текстах достаточно ясных положений они обращались к закрепленным ими самым общим ориентирам и исходным началам.

В результате указанной логической обработки священных текстов конкретные или достаточно широкие по смыслу религиозно-этические постулаты Корана и Сунны становились источниками правил или оценок внешнего поведения, которые могли применяться на практике. Именно в таком подходе проявлялось отношение к шариату как к системе, позволяющей дать ответ на любой вопрос, с которым может столкнуться человек в своих мирских взаимоотношениях. Далеко не случайно сформулированные указанным образом правила представляются исламской мыслью шариатскими, точнее — извлеченными из шариата. В этом смысле фикх выступает как наука о шариате, или его нормативных предписаниях.

Однако на самом деле, прибегая к отмеченным выше способам толкования, фикх часто весьма далеко отходит от исходного значения положений Корана и Сунны, не связывая себя их буквальными формулировками и контекстом. Во многие стихи Корана и хадисы фикх вкладывает значительно более широкое нормативное содержание. Некоторые служат для него не более чем отправным пунктом, идейной основой формулирования конкретных правил внешнего поведения. Например, коранические стихи о том, что вынужденное употребление в пищу запрещенных Аллахом продуктов — мертвечины, крови и свинины — не является грехом, понимаются фикхом как установленное шариатом освобождение от ответственности за любые действия, совершенные в состоянии крайней необходимости. В результате подобного осмысления фикхом священные тексты дали жизнь нормам, которые стали относительно самостоятельными, независимыми от общего религиозного контекста Корана и Сунны.

Сходную роль играет и другая группа шариатских указателей, которые, в отличие от священных текстов, носят сугубо рациональный характер. К ним относятся разработанные мусульманскими мыслителями своеобразные логические приемы формулирования норм и оценок, поиска ответов на вопросы, относительно которых Коран и Сунна хранят молчание либо предлагают внешне противоречивые предписания. Типичным примером таких приемов является аналогия, позволяющая распространять зафиксированные в шариате правила на ситуации, сходные по смыслу с теми, что получили оценку в Коране или Сунне. Кроме того, в качестве рационального указателя фикх использует так называемые исключенные интересы — конструкцию, согласно которой основанием введения нормы могут признаваться реальные общие интересы людей, не противоречащие точно установленным Аллахом запретам и дозволениям.

Без таких методов фикх как нормативная система вообще не мог бы сложиться, поскольку, как уже отмечалось, Коран и Сунна сами по себе позволяют установить очень мало конкретных правил мирского поведения. К примеру, торговли прямо касаются всего несколько коранических стихов, которые, по сути, ограничиваются установлением самых общих ориентиров договора купли-продажи. Предусматривается, что в отличие от ростовщичества торговля разрешена Аллахом и торговые сделки действительны лишь при условии взаимного согласия сторон. Купля-продажа должна сопровождаться составлением письменного контракта или предоставлением залога за исключением сделок, совершаемых путем прямой передачи товара и денег из рук в руки. Кроме того, занятие торговлей не должно мешать продавцу и покупателю исполнять свои религиозные обязанности, в частности совершать полуденную пятничную молитву. Хотя к этим скудным правилам Сунна добавила свои предписания (кстати, тоже немногочисленные), шариат в собственном смысле не является достаточным для регулирования торговых отношений, нормативные основы которых были разработаны фикхом прежде всего с помощью рациональных указателей.

На основе всего комплекса шариатских указателей и сформировался фикх как наука о правилах внешне выраженного поведе-

ния и система самих этих норм. При этом различные школы фикха приходили к несовпадающим позициям по конкретным вопросам, что предопределило плюрализм и противоречивость выводов доктрины нередко даже в рамках одного ее толка. Такая особенность фикха явилась итогом практической реализации на протяжении веков сформулированной исламской мыслью максимы «каждый муджтахид прав». Стоит привести и слова Пророка Мухаммада: «Если судья выносил решение на основе иджтихада по вопросу, не предусмотренному прямо в священных текстах, и оказался прав, то он достоин двукратного вознаграждения; если же в своем решении в рамках иджтихада он ошибся, то все равно заслуживает награды, хотя и в однократном размере».

Иными словами, в сфере регулирования внешнего поведения людей творческое человеческое начало дополняет божественное откровение. При этом, согласно фикху, осуществляемый в рамках установленных правил и процедур иджтихад сам по себе не гарантирует абсолютной правильности сформулированного на его основе решения. В то же время его назначение заключается в стремлении максимально приблизиться к пониманию смысла шариата и отражению его в правилах внешнего поведения людей или оценках их поступков.

В иджтихаде в полной мере проявляется характер ислама, который не связывает мусульман жесткими рамками и не просто допускает, а предполагает их активное участие в устройстве своей жизни, в решении мирских дел. Точно понимаемый шариат отнюдь не сводится к мелочному регулированию каждого шага мусульманина в его мирских делах, навязыванию ему жестких и не учитывающих изменяющегося образа жизни правил. Кто видит в нем свод давно известных решений на любой случай, тот не понимает назначения и смысла шариата. Ведь его суть заключается не в подчинении человека раз и навсегда установленному порядку, а в том, чтобы научить его оценивать ту или иную ситуацию и поступать в ней по-исламски, не забывая при этом о собственных интересах, потребностях других людей и особенностях той среды, в которой он живет.

Именно иджтихад гарантирует соответствие шариата различным историческим, национальным, культурным и иным условиям.

Только с его помощью возможно решение новых проблем, с которыми едва ли не каждый день встречаются мусульмане. Это особенно характерно для нашей эпохи с ее динамичными переменами.

Стоит подчеркнуть, что, по исламской догме, разработанные с помощью иджтихада и основанные на рациональных указателях выводы фикха являются подчиненными по отношению к предписаниям собственно шариата, поскольку не могут им противоречить. Эта идея закрепляется известной максимой: «При наличии священных текстов (т.е. положений, предусмотренных Кораном или Сунной) иджтихад не допускается».

Не следует также забывать, что сформулированные в рамках иджтихада нормы и оценки исламская мысль теоретически считает извлеченными из шариата. Ведь они должны следовать его общей направленности, служить его целям и не противоречить его точным положениям, а главное — являются результатом использования таких приемов, которые хотя логически и обоснованы фикхом, но в конечном счете, по убеждению мусульманских ученых, изначально установлены Аллахом, т.е. уже заранее предусмотрены шариатом. Показательно, что указанные правила, как и содержащиеся непосредственно в Коране и Сунне нормы, исламская традиция называет шариатскими.

В этой связи немалый интерес представляет оценка соотношения шариата и фикха, с учетом которой можно полнее раскрыть связь этих понятий с исламским правом.

1.3. СООТНОШЕНИЕ МЕЖДУ ШАРИАТОМ И ФИКХОМ

В современной исламской мысли имеется несколько позиций по вопросу о том, как взаимодействуют между собой шариат и фикх. Достаточно распространенным является взгляд, в соответствии с которым шариат и фикх рассматриваются практически как синонимы. Точнее, фикх воспринимается в качестве науки о шариате. Очевидно, такой подход предполагает, что шариат сводится лишь к предписаниям, касающимся внешнего поведения че-

ловека, и к тому же включает не только положения Корана и Сунны, но и выводы, сформулированные доктриной с помощью рациональных шариатских указателей в рамках иджтихада. Другими словами, шариат, с одной стороны, понимается достаточно узко, поскольку вопросы религиозной догматики и этики остаются за его пределами, а с другой — наоборот, крайне широко, раз в его состав входят все правила, выработанные фикхом. Одновременно как бы снимается вопрос о том, как соотносятся друг с другом божественное откровение, воплощенное в Коране, и рациональное человеческое начало, представленное иджтихадом, а различия между правилами, основанными на этих двух весьма различных источниках, стираются.

Если приведенная выше точка зрения ставит между шариатом и фикхом знак равенства, то другая позиция, наоборот, проводит между ними четкую, хотя и не наглухо закрытую границу. Сторонники этой концепции исходят из того, что шариат исчерпывается положениями Корана и Сунны. Если эти источники не содержат точного решения поставленного вопроса, то ответ на него лежит формально за их пределами и должен быть найден с помощью рациональных методов, что является задачей фикха. Пока поиск нужной нормы ведется в Коране или Сунне, действует шариат. Как только возникает необходимость сформулировать правило путем иджтихада, в дело вступает фикх. Получается, что эти явления как бы разделяет незримая черта, пролегающая там, где заканчивается сфера шариата и начинается область фикха. Иначе говоря, в отличие от мнения, рассматривающего шариат и фикх как совпадающие по содержанию понятия, данный подход оценивает их как не пересекающиеся между собой феномены.

Еще одна концепция отталкивается от уже охарактеризованного взгляда и также включает в шариат все разработанные фикхом выводы. Вместе с тем она не ограничивает шариат лишь нормативной составляющей, а включает в него предписания догматического и нравственного характера. При этом данный подход учитывает, что фикх занимается не всеми положениями шариата, а только его поведенческими нормами. В итоге фикх воспринимается в ка-

честве одного, хотя и крайне важного элемента шариата. Понятно, что такая оценка исходит из того, что шариат шире фикха, который целиком входит в его состав. А связь между этими явлениями представляется как соотношение целого (шариата) с одной из своих частей (фикхом).

Многие современные исламские ученые придерживаются иного подхода. Они также считают, что шариат не исчерпывается правилами внешнего поведения людей. Но в отличие от сторонников предыдущей позиции включают в шариат не все сформулированные фикхом правила, а только те из них, которые доктрина прямо заимствует из Корана и Сунны Пророка. Иначе говоря, данная точка зрения берет за основу аргументы, отстаиваемые двумя из уже рассмотренных подходов. Один из них, как было отмечено, не сводит шариат к его нормативному элементу, а другой достаточно последовательно отличает предписания Корана и Сунны от выводов, сформулированных фикхом на основе иджтихада. Результатом такого анализа является понимание шариата и фикха в качестве частично совпадающих и в то же время расходящихся между собой явлений.

В рамках такого понимания соотношению указанных понятий по объему могут быть даны разные оценки в зависимости от исходных критериев. С одной стороны, по сравнению с фикхом шариат в целом выглядит более широким, поскольку наряду с правилами внешнего поведения включает догматические и нравственные предписания. Но, с другой стороны, в нормативном смысле уже фикх является более широким в сопоставлении с шариатом, так как не ограничивается немногочисленными положениями Корана и Сунны Пророка, обогащая их нормами, сформулированными с помощью рациональных указателей на основе иджтихада.

Наконец, отметим еще один взгляд на обсуждаемую проблему. Его разделяют те, кто исходит из иной логики в оценке соотношения шариата и фикха и сравнивает их не на основе формальных рамок нормативного содержания, а с учетом других критериев. Это понимание проблемы исходит из того, что шариат представляет собой своего рода исходный пункт и одновременно конечную

цель фикха. Шариат предлагает основополагающие нормативные предписания (чаще всего самого общего свойства) и способы формулирования конкретных решений, которые берет на вооружение фикх, формулирующий с их помощью ответы на конкретные вопросы. Причем такие выводы доктрины могут изменяться вслед за изменением времени, обстоятельств и условий. Главное, чтобы при этом были реализованы требования шариата. Целью такого рационального осмысления является постижение нормативного содержания шариата.

Иначе говоря, соотношение шариата и фикха воспринимается как связь причины со своим следствием, исходных предписаний с их конкретизацией и претворением в виде отдельных правил и оценок, божественного откровения, воплощенного в Коране и Сунне, с творчеством муджтахидов, которые связаны рамками шариата, но в то же время могут понимать их по-разному.

На наш взгляд, наглядной моделью такой точки зрения является плодоносящее дерево. Шариат в этом случае сродни плодородной почве и корневой системе. Они прямо не зависят от человека, поскольку являются божественным даром. Без них вырастить спелые и полезные человеку плоды невозможно. Но этого нельзя достичь и без усилий и профессиональных знаний тех, кто выращивает такое дерево и ухаживает за ним. Человеческий вклад в урожай напоминает фикх, сердцевину которого составляет иджтихад — рациональное творческое начало. Иначе говоря, труд человека дополняет божественное откровение и превращает его в нечто реальное, удовлетворяющее потребностям человека. Ведь в приносимых культурным деревом плодах божественное начало уже невозможно отделить от земных усилий.

Такая условная модель удачна еще и потому, что она отражает одну из ведущих черт фикха: как качество плодов дерева одного сорта зависит от почвы, климата и ухода, так и общие исходные начала и предписания шариата могут воплощаться в несходных конкретных правилах. Данное несовпадение объясняется особенностями исторических обстоятельств, культурных и иных условий и различиями между отдельными школами фикха и даже взгляда-

ми отдельных муджтахидов. Интересно, что если шариатские указатели исламская мысль считает центральным элементом «корней» фикха, то сам фикх она нередко называет «наукой о корнях». Так что и с этих позиций модель дерева как символического выражения соотношения шариата и фикха представляется оправданной.

Важно иметь в виду, что все приведенные выше позиции относительно взаимосвязей шариата и фикха имеют под собой достаточные основания, так как акцентируют внимание на различных аспектах проблемы и сторонах рассматриваемых явлений. Кроме того, необходимо учитывать, что та или иная точка зрения могла быть более других актуальна на определенном этапе становления фикха и его исторического развития. Например, представление о том, что шариат и фикх не пересекаются, хотя и не отделены друг от друга непроницаемой стеной, отражает сложившуюся в первые века ислама ситуацию, когда стала ощущаться недостаточность конкретных предписаний Корана и Сунны Пророка. В то время разработка фикхом рациональных способов формулирования решения по вопросам, обойденным в шариате молчанием, вполне могла восприниматься как нечто выходящее за пределы собственно шариата.

Вместе с тем авторитет разработанных доктриной конкретных норм всегда зависел от того, насколько убедительно они были обоснованы предписаниями шариата. Поэтому оценка фикха как подчиненной по отношению к шариату науки о правилах внешнего поведения, извлекаемых из Корана и Сунны, достаточно убедительно доказывает правомерность подхода к шариату и фикху как к совпадающим по смыслу понятиям.

При этом следует иметь в виду разрабатываемое в последние десятилетия современной исламской мыслью представление о том, что нормативная сторона шариата воплощается и реально существует для человека только в форме выводов фикха. Попытка понять смысл любого предписания шариата всегда предполагает подключение человеческого интеллекта и тем самым означает вступление в область фикха. Не случайно некоторые крупные современные исламские мыслители подчеркивают, что шариат

в нормативном смысле представляет собой всю совокупность выводов фикха, вынесенных различными школами на всем протяжении его развития. По логике, этот процесс раскрытия нормативного содержания шариата через фикх протекает постоянно, включая и нынешнюю эпоху.

Такое понимание, очевидно, переключается с оценкой соотношения рассматриваемых явлений как связи между причиной и следствием, исходными началами и результатом, наиболее адекватно отражая потребности именно нашего времени и обосновывая приоритетные направления развития современного фикха. При этом шариат представляется одновременно исходной основой фикха и конечной целью его как науки, призванной, отталкиваясь от предписаний Корана и Сунны, раскрывать их смысл через формулирование конкретных внешних правил поведения, которые являются претворением в жизнь шариата в определенное время и в данных условиях.

Возникает вопрос: можно ли, анализируя соотношение шариата и фикха, обнаружить в них нечто отвечающее требованиям права и на этом основании сделать вывод о существовании исламского права как юридического явления в научном смысле?

1.4. ОТРАЖЕНИЕ В ФИКХЕ ПРАВОВЫХ НАЧАЛ

Как универсальный комплекс самых разнообразных, в том числе не совпадающих в различных школах, правил внешнего поведения, фикх, конечно, не является правом, принимая во внимание любое его понимание, имеющееся в современной юридической науке. Это относится и к фикху в значении доктрины, которая подходит к взаимоотношениям людей с позиций не права, а шариата. Поэтому в данном понимании фикх не может безоговорочно считаться исламской правовой доктриной или юриспруденцией в точном смысле.

Вместе с тем фикх-доктрина, развиваясь на протяжении веков в общем русле религиозных представлений, под влиянием практи-

ки сумела выработать ряд концепций, которые спонтанно приближались к усвоению правовой идеи, ориентировались на некоторые юридические критерии.

Неудивительно, что это касается прежде всего оценки внешнего поведения в мирской сфере. Дело в том, что фикх предъявляет строгие требования главным образом к выполнению мусульманами религиозных обязанностей и соблюдению культовых запретов, а по отношению к мирским делам занимает иную позицию. Здесь ведущим является его стремление не обременять человека чрезмерно, не сковывать его жесткими ограничениями, в чем отражается характерная для ислама склонность к умеренности, поиску компромиссов и неприятию крайностей. Исламские мыслители подтверждают эту черту шариата и фикха следующими стихами Корана:

- «Аллах желает вам облегчения, а не затруднения» (2:185);
- «Он избрал вас и не наложил на вас в религии никакого затруднения» (22:78);
- «Аллах спрашивает с каждого только в меру его возможностей» (2:286).

Если по вопросам религиозного культа фикх исходит из допустимости только прямо предписанного шариатом, то в земных взаимоотношениях людей действует противоположный принцип — презумпция дозволения всего того, что не запрещено Кораном и Сунной в точной и однозначной форме. Эта идея закрепляется хорошо известным выводом фикха, согласно которому исходной оценкой действий, слов и вещей является разрешение. Как говорят мусульманские правоведы, в сфере отношений верующих со своим создателем действует принцип неукоснительного следования тому, что однозначно установлено, а связи людей между собой основаны на ином начале — творческом выборе поведения в рамках самых общих требований.

Таким образом, мирская область отличается от религиозной превалированием субъективных прав над обязанностями и закреплением достаточно широких рамок индивидуальной свободы.

Следует обратить внимание и на обоснованную в рамках фикха классификацию субъективных прав, различающую права, которые принадлежат Аллаху, и права отдельных лиц. При этом, отталкиваясь от религиозной природы прав Аллаха, традиционная фикх-доктрина понимала их в мирском смысле как права всей мусульманской общины. А современная исламская правовая мысль, развивая данную концепцию и придавая ей юридическое содержание, трактует указанные права в качестве публичных интересов.

Кроме того, нашедшая отражение в шариате религиозная идея братства и равенства мусульман явилась основой разработки фикхом концепции равенства в регулировании внешнего поведения, включая равенство в формальном смысле. Эта идея получила закрепление, например, в установленных фикхом основах шариатского правосудия, в центре которых — формально равное отношение судьи к участникам судебного процесса. Этот вывод можно подтвердить следующей выдержкой из знаменитого письма халифа Умара бин Хаттаба, написанного в форме наставления одному из судей: «Относись к людям, как к равным, общайся с ними одинаково и проводи с ними время поровну; следи также за соблюдением равенства в отправлении правосудия, с тем чтобы благородный не домогался своего самоуправства и произвола [в его интересах], а слабый не терял надежды найти у тебя справедливость».

Можно упомянуть и другую концепцию, согласно которой практически все поступки человека в мирской области могут оцениваться как с религиозной точки зрения, так и с позиций суда. Причем мусульманский судья — кади — в своих решениях учитывает лишь внешне выраженное поведение человека, что наглядно проявляется в известном высказывании: «Я сужу по внешней стороне дела, ибо скрытый смысл поступков ведом одному Аллаху».

С акцентом на внешние факты, служащие основой судебной оценки, связана также разработанная фикхом концепция «шариатских уловок» — *стратагем*. Их цель заключается в том, чтобы обосновать альтернативу запрещенным сделкам. Речь идет о таких формах мирских отношений, которые, взятые отдельно, являются допустимыми, но в своей совокупности обходят установленный

шариатом запрет. Например, современный фикх исходит из того, что аренда с условием передачи арендованного имущества в собственность нанимателю не может быть оформлена в одном договоре. Ведь при этом нарушается установленный шариатом запрет на заключение контракта, который по своему смыслу подразумевает одновременное совершение двух сделок сразу и потенциально может привести к ростовщичеству. Поэтому достичь желаемого результата в строгом соответствии с исламским правом можно только при заключении двух договоров. Один из них оформляет отношения аренды и содержит обязательство передать имущество в собственность, а другой предусматривает такую передачу в форме купли-продажи или дарения, совершаемых по истечении аренды или даже во время ее действия.

Немалое практическое значение имеет разработанная в рамках фикха концепция деления всех обязанностей на две большие группы. Первая включает такие императивные предписания фикха, которые в равной степени распространяются на всех индивидуально (например, содержание мужем своей жены и детей). А вторая представлена обязанностями, исполнение которых одним или несколькими субъектами освобождает от этого других (например, ведение джихада или пресечение поведения, отклоняющегося от требований, предписанных шариатом).

Еще одной из ключевых концепций фикха является обоснование строгого следования императивным предписаниям Корана и Сунны. Одновременно точно определены обстоятельства, которые освобождают человека от исполнения обязанности, если это ему не по силам или ущемляет его признанные интересы, а значит, вступает в конфликт с целями шариата.

Концепция целей (ценностей) шариата, к которым относятся религия, жизнь, разум, честь и достоинство, установленный порядок продолжения человеческого рода, а также собственность, занимает особое место среди общетеоретических конструкций фикха. Считается, что любое правило мирского поведения, сформулированное фикхом, в конечном итоге направлено на реализацию одной или нескольких из отмеченных целей, которые находятся

в иерархическом соподчинении между собой: высшей из них является религия, а относительно низшей — собственность. Такое соотношение следует учитывать, если нужно предпочесть одну норму из нескольких возможных правил, отстаивающих разные ценности.

К целям шариата имеет отношение и концепция интересов человека, лежащих в основе всех мирских правил фикха. Исламская мысль исходит из того, что указанные интересы делятся на три категории: жизненно необходимые нужды, потребности, удовлетворение которых освобождает человека от житейских тягот, а также желания и стремления, позволяющие в случае их реализации раскрыть все способности и наилучшие качества людей.

Стоит также отметить разработанную фикхом концепцию оснований правил внешнего поведения, прежде всего мирских. Мусульманские юристы полагают, что у любой нормы имеется определенное основание, объясняющее ее целесообразность. Суть данного подхода выражена в максиме: «В своем действии или бездействии норма следует судьбе своего основания».

Идея интересов человека тесно связана в фикхе с концепцией справедливости. Конечно, справедливость понимается исламской доктриной прежде всего как религиозно-этическая категория. Считается, что справедливость в разной словесной форме упоминается в Коране несколько десятков раз. В нем, в частности, говорится:

- «Когда вы выносите суждение, будьте справедливы» (6:152);
- «Мы отправили Наших посланников с ясными знамениями и ниспослали с ними писание и весы, чтобы люди придерживались справедливости» (57:25).

Однако, отталкиваясь от этих религиозных постулатов, фикх обращается к таким проявлениям справедливости, которые имеют правовое значение. Показательно, что именно идея справедливости вместе с акцентом на необходимость удовлетворения интересов человека как на основу всех правил внешнего поведения рассматривается фикхом в качестве стержня шариата. Отметим

также, что фикх традиционно выделяет всего три основы исламской власти и правосудия, к которым относятся справедливость, совещательность и равенство.

Наряду с этим исламская мысль, особенно современная, подчеркивает, что при оценке взаимоотношений людей фикх должен ориентироваться на такие начала, как усредненность, умеренность, избегание крайностей, постепенность, исключение вреда.

Только с помощью приведенных выше концепций и начал фикх может перевести религиозно-этические постулаты Корана и Сунны на язык практических норм, отвечающих потребностям регулирования мирских взаимоотношений людей. Без них «корни» фикха (включая все шариатские указатели и установленные шариатские методы) оставались бы простым техническим инструментом, который сам по себе не в состоянии обосновать правильный выбор из множества правил внешнего поведения, предлагаемых разнообразными школами фикха.

С исламской точки зрения в правилах внешнего поведения, сформулированных с учетом отмеченных концепций и начал фикха, заключаются смысл шариата и его общая направленность. А в юридическом смысле речь идет о разработке фикхом таких конструкций, которые приближаются к идее права, помогают ее реализовать в конкретных правилах внешне выраженного поведения, а также предпочесть из огромного числа разнообразных и противоречивых выводов доктрины те, которые отвечают критериям права.

1.5. ОБЩИЕ ПРИНЦИПЫ ФИКХА — КВИНТЭССЕНЦИЯ ЮРИДИЧЕСКИХ ОСОБЕННОСТЕЙ ИСЛАМСКОГО ПРАВА

В российском правоведении нет единого взгляда на исламское (мусульманское) право, его соотношение с шариатом и фикхом, а также на взаимодействие в нем религиозного и юридического начал. Можно отметить два крайних подхода к решению этой проблемы. Согласно одному из них, исламское право, под которым

подразумевается шариат, вообще не является юридическим феноменом или в крайнем случае представляет собой смесь права с религией и нравственностью. Причем в этом конгломерате право, по существу, не отделено от иных социальных регуляторов и даже занимает подчиненное по отношению к ним место. Не случайно сторонники такого понимания подчеркивают, что сам термин «мусульманское право» используется лишь по традиции, поскольку в действительности он обозначает не юридическое в точном смысле, а более широкое социальное явление. В русле такой логики само мусульманское право они называют «неотдифференцированным», поскольку в нем юридические элементы якобы не получили значительного обособленного функционирования.

Другая позиция формально исходит из существования исламского права в юридическом смысле. Об этом недвусмысленно говорит то, что ему отводится самостоятельное место в ряде исследований по теории права и практически во всех работах по сравнительному правоведению и правовым системам (семьям) современного мира. Очевидно, такой подход предполагает признание юридического характера исламского права. В противном случае его анализ в рамках юриспруденции выглядит нелогичным.

При всей кажущейся противоположности обоих взглядов на исламское право у них есть одна принципиальная общая черта: их адепты не делают попытки выявить суть данного явления, серьезно обосновать или опровергнуть наличие у него признаков права.

Противники отнесения исламского права к юридическим категориям просто ссылаются на то, что оно опирается на религиозные источники и распространяется на мусульман. Этого, по их мнению, достаточно для вывода о том, что так называемое исламское право, по сути, не существует как юридическое явление, а составляет неотъемлемую часть религии ислама.

Исследователи, которые априори исходят из юридической природы исламского права, также не утруждают себя изучением его качеств как права. Раскрывая его особенности, они обращаются не к анализу собственно юридических характеристик указанного

феномена, а к специфике шариата. Таким образом, сам предмет изучения подменяется: вместо права им становится религия. В итоге стремление описать исламское право в качестве юридического института невольно приводит к обратному — фактическому доказательству того, что оно правом не является. В этом отношении позиции сторонников характеристики исламского права как юридического феномена и тех, кто отрицает его юридическую природу, при всей внешней взаимной противоречивости, по сути, смыкаются. Между прочим, такая же логическая непоследовательность пронизывает работы практически всех крупных западных специалистов по сравнительному праву.

Действительно, если исламское право полностью сводить к шариату, сомнения в его юридической природе трудно опровергнуть. Ведь взятый в целом шариат прежде всего и преимущественно религиозное явление. Даже его нормативная составляющая в точном смысле выступает в виде религиозных предписаний. Это относится и к шариатским правилам мирского поведения человека, которые голландская школа изучения исламского права без достаточных оснований считает юридическими.

Если характеристика шариата как неотъемлемого элемента религии, на наш взгляд, вполне очевидна, то определение природы правил фикха не столь однозначно. Напомним, что под фикхом исламская мысль понимает как науку о шариатских правилах внешнего поведения, так и сами указанные нормы. Среди этих предписаний имеются такие, которые отвечают юридическим критериям и поэтому являются нормами исламского права в точном научном значении. Иными словами, исламское право не сводится к шариату, а представляет собой ту часть норм фикха, которые имеют правовой характер.

Вместе с тем одного указания на место исламского права в его соотношении с шариатом и фикхом недостаточно для раскрытия его юридических характеристик. Дело в том, что если без всяких оговорок считать шариат стержнем религии ислама, а фикх — наукой о шариатских правилах внешнего поведения и комплексом норм, извлеченных из шариата, то и исламское право как часть

фикха оказывается погруженным в религию, выступая неотъемлемым ее элементом. Откуда же тогда берется исламское право?

Отвечая на этот вопрос, отметим, что само по себе шариатское правило поведения, сформулированное в Коране или хадисах, которые отражают Сунну Пророка Мухаммада, не может считаться юридическим только на том основании, что оно по своему нормативному содержанию отвечает правовым критериям, т.е. регулирует отношения между людьми по принципу формального равенства. Ведь даже когда религиозный и юридический источники предусматривают, казалось бы, одинаковые правила, говорить о полном совпадении таких норм вряд ли корректно прежде всего потому, что их основания и вкладываемый в них смысл различны: правовые нормы ориентируются на формальное равенство, а религиозные постулаты воспринимаются в качестве заповедей высшей, божественной справедливости.

Механизм действия этих не совпадающих по характеру норм включает разные инструменты. Правовые регуляторы в том или ином виде исходят от человека (точнее, фиксируют определенную форму отношений между людьми) и ориентированы на критерии юстициальности, а религиозные выступают в глазах верующих в качестве божественного веления и в своем действии опираются на внутренние убеждения, совесть и богобоязненность.

Юридические правила с одной стороны, а основанные на вере предписания с другой по-разному воспринимаются сознанием и имеют различных адресатов: правовые нормы обращены к субъектам права, а религиозные — к верующим. Поэтому они в своем действии обеспечиваются неодинаковыми способами. Нарушение правовой нормы предполагает вполне земную санкцию, применяемую публичной властью. Причем на практике далеко не всякое правонарушение влечет юридическую ответственность. А отклонение от религиозного правила, независимо от того, установлено ли оно земной властью или нет, означает грех. Не раскаявшегося в нем верующего неминуемо ждет божественная кара. Неизбежность потустороннего наказания для грешника совсем не одно и то же, что вероятность подвергнуться санкции для правонару-

шителя. И дело тут не в тяжести ответственности, а в самом ее характере.

Иными словами, простое внешнее совпадение словесных формулировок правовой и религиозной норм не должно заслонять глубоких различий между ними. Этот момент приобретает ключевое значение для понимания исламского права, к которому никакие нормативные предписания шариата сами по себе не относятся именно в силу своего религиозного характера. Однако при определенных условиях они становятся основой, источником выводов фикха, отвечающих правовым требованиям.

Роль фикх-доктрины в переводе шариатских положений на юридический язык проявляется в нескольких формах в зависимости от характера данных религиозных постулатов. Выделяются три их основные разновидности. Одна группа включает самые общие наставления, принципиальные ориентиры шариата, которым должен следовать человек безотносительно к области своего поведения. Другая также представлена достаточно общими правилами Корана и Сунны, которые касаются определенной сферы человеческих отношений, но допускают различное понимание и толкование. Наконец, имеются вполне конкретные предписания по отдельным сторонам внешнего поведения людей. По мирским вопросам в шариате такие точные нормы крайне малочисленны, а явно преобладают многозначные правила и общие ориентиры.

Говоря о конкретных правилах шариата, важно иметь в виду, что фикх не просто включил их в свой арсенал, а дополнил многими необходимыми деталями и условиями, истолковал их нормативный смысл, дал определение содержащимся в них терминам. Тем самым, не потеряв значения религиозных заповедей, эти предписания шариата явились основой, источником норм иного свойства. Доктрина смогла осмыслить многие из них в правовом ключе. Конечно, отнюдь не все положения Корана и Сунны, касающиеся поведения человека, пройдя через горнило фикх-доктрины, превратились в правовые нормы. Но очень многие приобрели юридический характер и стали относительно независимыми от своей религиозной основы.

Крупный мусульманский правовед Абдель Ваххаб Халлаф в своей известной статье, посвященной отражению в шариате интересов человека, приводит показательный пример творческого отношения фикха к осмыслению шариатских предписаний. Он напоминает, что Коран устанавливает обязанность по содержанию кормящих матерей следующим образом: «А отец ребенка, согласно обычаю, обеспечивает пропитание и одежду матери» (2:223). Буквальная формулировка данного положения в прямой форме предусматривает норму, в соответствии с которой содержание кормящей матери возлагается на отца ребенка. Одновременно взятое в таком же прямом значении данное положение косвенно указывает на другую конкретную норму, согласно которой содержание детей — долг отца и никого иного. Вместе с тем это же кораническое предписание по своему общему прямому смыслу предполагает еще одну норму, возлагающую на отца ребенка также и расходы, связанные с лечением матери и обеспечением ее медикаментами, поскольку в этих услугах она нуждается никак не меньше, нежели в пище и одежде. Дело в том, что смысл возложения на отца указанной в Коране обязанности состоит в удовлетворении именно тех потребностей, в которых мать для выполнения своих функций в отношении ребенка нуждается в первую очередь. Поэтому кораническое предписание следует толковать расширительно, не ограничиваться его буквальной формулировкой, а принимать во внимание преследуемую им цель — обеспечение матери всем необходимым.

В подобном осмыслении фикхом конкретных предписаний Корана и проявляется его роль в формулировании относительно самостоятельных норм, которые, по существу, достаточно далеко отходят от своей религиозной основы. Кстати, этот момент четко прослеживается в концепции источников (указателей) фикха. Она считает конкретные положения Корана не самими правилами поведения человека, а всего лишь их источниками, из которых фикх извлекает соответствующие нормы.

Что касается общих многозначных шариатских предписаний, то фикх-доктрина еще свободнее толкует их нормативное содер-

жание, вкладывает в них широкий смысл и, как правило, абстрагируется от их религиозного контекста. В фикхе эти положения получают статус норм и принципов, самостоятельных по отношению к своему религиозному источнику. Причем значительная часть таких правил по своему смысловому содержанию отвечает правовым требованиям. Это же можно сказать и о тех постулатах Корана и Сунны, которые имеют вид самых широких ориентиров и нередко осмысливаются фикхом в правовом ключе.

Таким образом, на деле роль фикха не сводится к простому воспроизведению предписаний шариата. Многие сформулированные фикх-доктриной нормы приобретают относительную независимость от шариата, который является всего лишь их источником. Получается, что религиозный феномен дает жизнь правовым нормам. В этом смысле задача правовой науки заключается в установлении форм и механизма, наделяющих правила фикха, которые теоретически считаются извлеченными из шариата (а значит — из религии), юридическими свойствами.

Конечно, фикх в целом всегда был и остается тесно связанным с шариатом. Однако степень такой зависимости неодинакова и определяется характером положений последнего. Так, рамки свободы фикха оказываются наиболее узкими, когда речь идет о толковании точных и не допускающих различного толкования предписаний Корана и хадисов. В этом проявляется прямая зависимость норм фикха от религии ислама. Но это не означает, что даже указанные предписания не могут приобретать правового характера. В еще большей степени это относится к иным шариатским положениям.

Не менее, а возможно, даже более важным для установления природы исламского права является тот факт, что в случае отсутствия в шариате предписания по какому-либо вопросу фикх прибегает к рациональным способам формулирования нужного правила, к которым относится, например, аналогия (кыяс). Значение таких методов для формирования исламского права трудно переоценить в силу того, что сам шариат содержит крайне мало предписаний по мирским аспектам поведения человека. Следова-

тельно, большинство касающихся их выводов фикх устанавливает рациональным путем. Поэтому они еще заметнее дистанцируются от религиозных предписаний шариата.

Характеризуя данную часть норм фикха, необходимо иметь в виду, что при решении мирских вопросов он следует презумпции дозволенности, исходя из принципа: «Исходным началом в отношении земных дел является разрешение». Причем подход к оценке поступков человека в мирской области кардинально отличается от специфики регулирования его поведения в религиозной сфере, при исполнении им культовых обрядов.

Рассуждая на эту тему, крупнейший современный мусульманский правовед Юсуф аль-Карадави в одной из своих ранних работ подчеркивает, что исходным закрепляемым исламом принципом в отношении мирских благ и поведения человека выступает дозволение. А к запрещенным поступкам относятся лишь те, что прямо предусмотрены достоверным и однозначно понимаемым текстом Корана и Сунны Пророка. Исламская традиция объясняет такую презумпцию тем, что изначально Аллах сотворил землю и предоставил все в распоряжение человека, установив только некоторые ограничения на приобщение его к отдельным объектам и благам. Таких запретов в мирской области крайне мало. Причем если что-либо в шариате не отнесено к запрещенным Аллахом или прямо одобренным им поступкам, то оно считается дозволенным. В подтверждение этой мысли ученый приводит слова Пророка Мухаммада: «Разрешенным является то, что Аллах дозволил в своей Книге, а запрещенным — то, что Он запретил; что же касается того, о чем Он умолчал, то в нем вы свободны». Иначе говоря, мусульманину достаточно знать круг запрещенных поступков, а все остальное ему разрешено. В этом смысле мирская сфера поведения человека отличается от собственно религиозных культовых действий, в отношении которых ислам установил противоположный принцип — дозволенность совершать только то, что прямо предписано божественным откровением.

Говоря словами мусульманских специалистов по фикху, если в религиозной сфере действует принцип «иттиба» — строгого сле-

дования тому, что предписано шариатом, то по мирским вопросам надлежит следовать принципу «ибтида» — творческого поиска решений. Если к этому добавить широко используемую фикхом концепцию интересов человека, обеспечение которых считается целью шариатских норм, то не приходится удивляться тому, что многие его решения ориентируются на потребности практики, отражают реальный опыт отношений между людьми.

Данную идею в середине прошлого века очень емко изложил Абдель Ваххаб Халлаф: «По вопросам, относительно которых в тексте Корана или Сунны имеются соответствующие точные правила, следует применять именно эти нормы. Причем они вовсе не отличаются замкнутостью, неподвижностью или отстраненностью от интересов человека. Что же касается ситуаций, по которым текст Корана или Сунны не содержит конкретных предписаний, но крупнейшие знатоки исламского шариата единогласно сформулировали определенные решения, то они и должны признаваться в качестве шариатских. Если же по какому-либо вопросу нет ни нормы в тексте Корана или Сунны, ни единодушного мнения мусульманских правоведов, то нужное правило формулируется с помощью кыяса на основе сравнения данного вопроса с конкретным положением Корана или Сунны либо путем обращения к исходным началам исламского шариата и его общим ориентирам. Когда использование кыяса или указанных принципов не отвечает интересам человека и влечет причинение ему вреда и тяготы, то следует отказаться от правила, основанного на данном шариатском источнике, и предпочесть ему иную норму или пойти на исключение из общего правила в соответствии с требованиями истихсана. Это и будет отвечать интересам людей.

По вопросам же, относительно которых нет ни нормы в тексте Корана или Сунны, ни единогласного решения крупнейших мусульманских правоведов, нет возможности применить кыяс или обратиться к общим ориентирам исламского шариата, следует формулировать правовые нормы на основе исключительных интересов. Но при условии, что, во-первых, речь идет об общих, а не частных, о реальных, а не воображаемых интересах и, во-вторых,

предлагаемая норма не противоречит ни точным конкретным положениям исламского шариата, ни его общим началам. Наконец, в случае отсутствия нормы в тексте Корана или Сунны, единого мнения мусульманских правоведов, невозможности использовать кыяс, истихсан или исключительные интересы в качестве шариатских источников, решение следует строить на основе презумпции дозволенности, исходя из принципа „исходным предположением в отношении вещей и действий является дозволение“, что подтверждается словами Всевышнего: „Он — тот, кто сотворил для вас все, что на земле“».

Такая линия открывает путь к формулированию фикх-доктриной выводов, которые потенциально могут иметь правовой характер. На практике в русле такой логики на протяжении столетий в фикхе постепенно сложились концепции и подходы, отражающие правовые начала. В частности, доктрина стала исходить из того, что по большинству мирских вопросов поведение человека может оцениваться с двух позиций — религиозной и чисто юридической. На языке фикха эта идея формулируется как различение нормы, основанной на религиозных критериях (хукм ад-дийана), и правила, применяемого судом (хукм ал-када).

Кроме того, из фикх-доктрины следует вывод, что правила культа, касающиеся исполнения мусульманами своих религиозных обязанностей, отличаются по принципу действия от норм поведения в мирской сфере отношений между людьми. Если религиозные правила обращены персонально к мусульманам, то мирские нормы реализуются преимущественно по территориальному принципу (исключения, да и то с серьезными изъятиями, касаются главным образом брачно-семейных отношений).

Разумеется, отнюдь не все выводы фикха могут быть отнесены к правовым. Формирование в его лоне юридических подходов происходило спонтанно. Ведь мусульманские ученые, разрабатывавшие эти вопросы, ориентировались на правила фикха, а не на правовые критерии. Тем не менее на деле многие их выводы практически шли в русле юридической логики. При этом наблюдается красноречивая закономерность: чем сильнее зависимость фик-

ха от конкретных предписаний шариата, тем дальше его выводы отстоят от права. Поэтому, например, точные положения Корана и Сунны относительно семейных отношений или санкций за их нарушение очень часто не соответствуют современным правовым представлениям. И наоборот, чем менее фикх связан точными и однозначно трактуемыми шариатскими заповедями, тем заметнее он приближается к праву.

Таким образом, пусть и не всегда последовательно, фикх вырабатывал инструментарий, помогавший ему накапливать юридический потенциал. Причем историческая тенденция состояла во все более последовательном выделении в общем арсенале фикха его юридической составляющей — исламского права. Необходимо подчеркнуть, что этот процесс затрагивал не все области фикха, а главным образом только его нормы по мирским вопросам, ориентирующиеся на презумпцию дозволенности. Сугубо религиозные правила в целом не охватывались данной тенденцией (пожалуй, единственным исключением был институт закята — обязанность состоятельных мусульман делиться частью своего материального достояния с теми, кто нуждается).

Трудно точно определить, какую долю в общем арсенале фикха составляют его нормы, соответствующие по своему содержанию юридическим параметрам. Но если бы проблема сводилась лишь к конкретным нормам фикха по мирским аспектам поведения человека, пусть и многочисленным, то вряд ли их можно было бы называть исламским правом в точном смысле. Наверное, в этом случае уместнее было бы говорить о формировании только неких предпосылок, зачатков права. Однако фикх не ограничился выработкой отдельных частных норм правовой направленности, а сумел сформулировать развернутую систему своих общих принципов, которые и являются основным свидетельством в пользу существования исламского права как юридического явления в точном смысле.

Разработка указанных принципов объяснялась самим характером фикх-доктрины, которая в течение веков предпочитала давать ответы на конкретные, частные вопросы. Кроме того, фикху всегда

были присущи расхождения в позициях нескольких его школ. Одновременно плюрализм мнений сторонников данных школ и различия во взглядах последователей каждой из них нужно оценивать с учетом еще одной особенности фикха. Дело в том, что в разные исторические эпохи и в различных местах мусульманского мира фикх вырабатывал не совпадающие между собой решения по одинаковым ситуациям. Однако при этом ранее сформулированные нормы не отменялись выводами, вынесенными позднее.

В итоге с течением столетий фикх превратился в собрание огромного множества не совпадающих между собой конкретных решений, противоречивость которых осложнялась накоплением исторических слоев таких выводов по частным вопросам. В этой ситуации возникла необходимость выработки методологии и инструментария, которые служили бы своего рода ориентирами для поиска и выбора нужного решения из множества предлагавшихся различными школами фикха мнений. Эту задачу решали с помощью общих принципов фикха.

Исламская традиция исходит из того, что ханафитская школа фикха раньше других начала их разработку. Считается, что еще в конце III в.х.¹ Абу Тахир ад-Даббас (годы жизни и смерти неизвестны) первым собрал 17 принципов, уже сформировавшихся к тому времени в лоне указанного толка. Затем Абу ал-Хасан ал-Кархи (260–340 г.х.) пополнил этот перечень, доведя его почти до четырех десятков. Через столетие Абу Зайд ад-Даббуси (ум. в 430 г.х.), автор первого в истории фикха исследования, посвященного сравнению выводов ханафитских авторов, подверг анализу 86 принципов, а спустя еще век Наджм ад-Дин Умар ал-Кархи (ум. в 537 г.х.) упоминал уже 99 таких основ фикха.

В дальнейшем формулирование общих принципов фикха продолжалось в лоне не только ханафитской, но и других школ. В частности, труд «Ал-Кава'ид» («Принципы») ханбалитского пра-

¹ в.х. — век хиджры (переселения), принятое обозначение мусульманского летоисчисления по лунному календарю, начало которому положило переселение Пророка Мухаммада со своими сподвижниками из Мекки в Медину в 622 г.

оведа Ибн Раджаба (ум. в 795 г.х.) до сих пор считается одним из самых авторитетных по данной теме. Не меньшей популярностью пользуется произведение «Ал-Ашбах ва-н-Назаир» («Сходства и аналоги») шафиитского автора Джалал ад-дина ас-Суйути (ум. в 911 г.х.). Он обосновал выделение из множества принципов фикха пяти основных: «дела и поступки оцениваются по преследуемым ими целям», «достоверное не устраняется сомнением», «затруднение влечет облегчение», «вред не устраняется причинением иного вреда» и «обычай имеет характер нормы».

Что же касается ханафитского толка, то самым известным трактатом по принципам фикха вплоть до сегодняшнего дня является «Ал-Ахбах ва-н-Назаир» Ибн Нуджайма (ум. в 970 г.х.). В нем выделяются 6 основных принципов фикха: к тем, которые отобрал ас-Суйути, добавлен еще один — «воздаяние за доброе дело наступает только при намерении его совершить».

Современная исламская мысль предлагает различные классификации общих принципов фикха. Наиболее удачным в правовом отношении является выделение нескольких тематических групп таких предписаний, стержнем которых выступают ключевые самостоятельные принципы. При этом каждая из них кроме своего центрального элемента включает дополняющие и конкретизирующие его принципы. Приведем некоторые из таких групп, которые в концентрированном виде выражают юридическую природу исламского права.

Так, важная роль принадлежит принципам фикха, касающимся форм выражения субъектом своей воли, ее толкования и реализации. Они связывают оценку поведения человека с мотивацией его действий. Ведущим в этом отношении выступает принцип «дела и поступки оцениваются по преследуемым ими целям». Мусульманские правоведы единодушны в том, что в основе этого предписания лежит знаменитое высказывание Пророка Мухаммада: «Воистину, дела оцениваются по намерениям и каждому человеку — то, что он замыслил». При этом обращает на себя внимание одна важная деталь: сформулированный фикхом принцип не воспроизводит буквально пророческие слова, заменяя упоминание

намерения указанием на цели, которые человек преследует в своем поведении.

Разъясняя такое несовпадение, мусульманские юристы подчеркивают, что изречение Пророка прежде всего имеет религиозный смысл и обращено к верующему: для исполнения им своих культовых обязанностей действительно важно само намерение совершить определенные действия. Напомним, что ас-Суйути специально выделял принцип, в соответствии с которым божественное воздаяние за добро наступает лишь при намерении человека его сделать.

Что же касается судебной оценки поведения людей, то она базируется не просто на учете внутреннего намерения, а именно на той цели, которую преследует человек и которая может быть установлена по некоторым внешним признакам. Не случайно принцип фикха, ориентированный на оценку внешнего поведения людей, говорит не о намерении, а о цели. Тем самым религиозный по сути постулат получает новое осмысление и приобретает правовой смысл.

Фикх достаточно четко отличает религиозный взгляд на поведение человека от оценки его судом. В частности, говоря о сакральном аспекте, мусульманские правоведы ссылаются на высказывание Пророка Мухаммада: «Воистину, я всего лишь человек, а вы пришли ко мне за разрешением вашей тяжбы. Возможно, один из вас окажется красноречивее другого в представлении своих аргументов и я сочту, что именно он говорит правду. Но если на этом основании я присужу ему право, принадлежащее другому, то оно будет сродни языку пламени адского огня. И пусть получивший чужое возьмет его или оставит».

Подобный подход контрастирует с тем, как на внешнее поведение человека смотрит суд. В соответствии с выводами фикха, намерения, лежащие в основе того или иного поступка, должны приниматься во внимание лишь при условии их внешнего подтверждения, поскольку шариатский суд в своих решениях исходит из внешней стороны рассматриваемого дела. Напомним в этой связи исламскую максиму, приписываемую халифу Осману: «Я сужу по внешней стороне дела, ибо только Аллах ведает его скрытый смысл».

Различение религиозного и правового выразительно звучит также в высказывании халифа Омара ибн аль-Хаттаба: «Во времена Посланника Аллаха люди держали ответ за свои дела по Откровению Всевышнего Аллаха. Но ниспослание Откровения прекратилось, и посему мы спрашиваем вас только по поступкам, которые для нас являются очевидными, а не по скрытому смыслу ваших деяний». Эту идею в законченном виде закрепляет принцип фикха «признаком, свидетельствующим о чем-либо скрытом, выступает нечто внешнее».

К таким правилам тесно примыкают принципы фикха, посвященные толкованию воли человека и ее реализации. Пожалуй, ключевыми среди них являются два — «принятие во внимание высказывания предпочтительнее его игнорирования» и «презумпцией является принятие высказывания в буквальном значении». Подчеркнем, что фикх исходит из того, что выраженная в любой форме воля человека изначально толкуется в буквальном смысле. Здесь проявляется доведенный до логического конца формальный подход: если, например, лицо дало обет никогда не входить в определенный дом, а затем въехало туда верхом на лошади, то фикх не считает его нарушившим взятое обязательство. Причем различные внешние формы выражения воли имеют одинаковую силу, что подтверждается принципом «письменное волеизъявление равносильно тому, что высказано устно».

Вместе с тем стремление в максимальной степени реализовать выраженную волю отражается в ином принципе — «если принятие высказывания в буквальном значении невозможно, то оно принимается в иносказательном смысле». Например, если в завещании в качестве наследников указываются дети, которых на момент смерти лица нет, то его воля толкуется в пользу внуков, поскольку в иносказательном смысле их также принято называть детьми. И только когда воля не может быть реализована ни в одном из значений, она не учитывается в соответствии с принципом «если принятие высказывания в буквальном или иносказательном смысле невозможно, то оно оставляется без внимания».

Чисто юридическое мышление пронизывает также принцип «то, что невозможно в обычных условиях, равносильно тому,

что является невозможным в действительности». Современные мусульманские правоведы поясняют такую норму разными примерами. Так, если достоверно установлено, что за три часа до совершения преступления в Персидском заливе лицо находилось в России, то оно не считается его исполнителем, даже несмотря на гипотетическую возможность преодоления такого расстояния по космической орбите в течение указанного срока. Данный вывод основан на том, что такое в принципе вероятно, но в обычных условиях невозможно. Несомненно, данная оценка соотношения теоретической и реальной возможности никак не связана с религиозными заповедями, а опирается на формальную правовую логику.

В этом же русле находится своеобразный принцип, различающий оценку описания того, с чем можно ознакомиться непосредственно, от характеристики чего-либо отсутствующего: «словесное описание наличного не имеет значения, а отсутствующего — принимается во внимание». К примеру, если покупатель, имея возможность лично ознакомиться с товаром, согласился его приобрести независимо от описания его характеристик продавцом, то от такой сделки нельзя отказаться со ссылкой на то, что он желал купить вещь с иными качествами. В частности, лицо, купившее после личного осмотра автомобиль красного цвета, не вправе требовать расторжения сделки на том основании, что продавец в момент заключения договора называл данную машину зеленой. Вместе с тем если продавец по требованию контрагента обязался передать зеленый автомобиль, то покупатель, который во время совершения сделки не мог непосредственно его осмотреть и на деле получил товар иного цвета, может расторгнуть сделку из-за несоблюдения оговоренного им условия.

Особое место в ряду общих принципов фикха занимают те, которые нацелены на исключение вреда и касаются толкования коллизии интересов. Среди них выделяется центральное предписание: «не допускается ни причинения вреда, ни нанесения ущерба в ответ на причиненный вред». Крайне важно принимать во внимание, что данная норма является редким примером закрепления в общих

принципах фикха высказывания Пророка Мухаммада. Правда, приведенный выше принцип воспроизводит только начало пророческого изречения, которое заканчивается следующими словами: «Если кто-нибудь причиняет вред другому, то ему самому Аллах ответит вредом; если же кто-либо создаст трудности другому, то Аллах в ответ подвергнет его самого трудностям в день Своего суда».

Очевидно, превращение в принцип фикха пророческого высказывания не полностью, а в таком усеченном виде не является случайным. Снова мы имеем дело с примером того, как фикх наполняет правовым содержанием религиозное шариатское предписание. Для этого и используется только одна его часть, а другая, предусматривающая божественные последствия причинения вреда или затруднений, опускается.

Правовая логика, нацеленная на предупреждение причинения вреда, прослеживается в иных принципах данной группы: «вред подлежит устранению», «причинение вреда должно предотвращаться по мере возможности». Вместе с тем фикх допускает не любые варианты предупреждения или пресечения вреда, о чем говорит ориентирующий на правовой критерий принцип «вред не устраняется путем причинения вреда другому лицу».

Отдельные принципы дают ответ на вопрос, как можно предупредить причинение вреда. Исходным началом мусульманские правоведы считают характерное для шариата стремление не обременять человека излишне жесткими обязательствами. Эта линия четко прослеживается, например, в стихах Корана: «Аллах желает вам облегчения, а не затруднения» (2:185), «Он избрал вас и не наложил на вас в религии никакого затруднения» (22:78). Они ссылаются также на высказывание Пророка Мухаммада: «Если я вам запретил что-либо, то сторонитесь его; если я приказал вам что-либо, то делайте из него что можете». Приводятся и слова Аиши, жены Пророка Мухаммада, которая говорила о посланнике Аллаха: «Если он им и приказывал что-либо, то приказывал совершать только такие дела, которые были им по силе».

Такие предписания религиозного характера легли в основу принципов фикха «затруднение влечет облегчение» и «если обсто-

ательства оказались затруднительными, то проявляется снисхождение». Вновь бросается в глаза заметная разница между религиозной заповедью и ее осмыслением фикхом в виде правовой нормы.

Одновременно фикх предусматривает способы уменьшения размера вреда, если его причинения все же не удастся полностью избежать. Этого вопроса касаются несколько общих принципов:

- «более существенный вред подлежит исключению за счет причинения менее существенного вреда»;
- «надлежит переносить причинение частного вреда ради предотвращения вреда общего»;
- «выбирается менее тяжкое из двух зол»;
- «при столкновении двух обстоятельств, угрожающих порчей, подлежит предотвращению то из них, которое несет больший вред, за счет допущения причинения меньшего».

Отталкиваясь от приведенных выше шариатских предписаний, рассматриваемых в качестве основы общих принципов относительно вреда, фикх обосновал концепцию злоупотребления правом и причинения вреда как основания ответственности. Речь идет о характерном примере трансформации религиозно-нравственных предписаний шариата в правовые конструкции. В качестве примера современной практики, идущей в данном направлении, приведем опыт Кувейта, где комиссия по претворению шариата при Эмире уже разработала поправки к гражданскому кодексу страны, которые в качестве основания материальной ответственности рассматривают не вину лица, а сам факт причинения им вреда.

Характерное для шариата стремление избежать любых потерь или ущерба как приоритетная ценность в сравнении с получением выгоды пронизывает принципы фикха относительно коллизии норм, устанавливающих запреты и дозволения в соответствии с шариатскими предписаниями. К ним, в частности, относится известный принцип «предотвращение порчи предпочтительнее приобретения выгоды». Кстати, именно с учетом данного принципа фикх резко ограничивает любые рискованные договоры, негативно

относится к азартным играм и лотереям, а также предлагает исламскую альтернативу институту традиционного страхования.

Заметное место среди принципов фикха занимают правила предпочтения между взаимоисключающими нормами. Общее правило установлено принципами «при столкновении запрещающей и обязывающей норм следует соблюдать запрет» и «при столкновении запрета и дозволения следует соблюдать запрет». Однако такое решение не является абсолютным и подходящим для любого случая. Бывают ситуации, когда оно не действует в силу необходимости, концепция которой детально разработана фикхом. Об этом говорит его принцип «необходимость дозволяет то, что запрещено».

Речь идет о том, что, по фикху, необходимость включает обеспечение некоторых интересов, называемых целями шариата. К ним относятся сохранение религии, жизни, разума, чести и имущества. Ради защиты и обеспечения данных ценностей фикх в определенных случаях допускает совершение поступков, отнесенных шариатом к числу запрещенных. Причем указанные цели шариата рассматриваются как расположенные в иерархическом порядке: высшей ценностью признается религия, а низшей — имущество. Заботясь о сохранении высшей из названных ценностей, фикх позволяет пренебречь той, что стоит ниже. Например, несмотря на запрет посягать на имущественные права без правового основания, для сохранения жизни человека можно пожертвовать имуществом, например избавиться от излишнего груза, чтобы сохранить плавучесть тонущего судна и тем самым гарантировать жизнь пассажирам.

Вместе с тем, ориентируясь на правовые критерии, фикх устанавливает точные границы необходимости, дозволяющей совершить запрещенные действия. Этому служит принцип «необходимость определяется своей мерой». Так, в описанной выше ситуации допускается пожертвовать грузом только в размере, достаточном для спасения людей. Одновременно следует учитывать принцип «то, что допускается по конкретному основанию, становится неправомерным с его прекращением». Для приведенного примера

это означает, что если угроза кораблекрушения миновала, то одновременно теряет силу правовое основание, допускающее уничтожение груза ради сохранения судна на плаву.

При оценке пределов, в которых разрешается совершить запрещенное действие, важно учитывать права и интересы других лиц. Для обоснования такого подхода фикх ссылается на высказывание Пророка Мухаммада: «Ваша кровь и ваше имущество являются для вас запрещенными». Оценивая эту идею с учетом принципа фикха, допускающего нарушение запрета в состоянии необходимости, важно отличать правомерное лишение права (например, в качестве санкции) от вынужденного его нарушения. Этот момент прямо предусматривает принцип «то, что совершено в состоянии вынужденной необходимости, не отменяет прав других лиц». В частности, лицо, которое ради сохранения собственной жизни или здоровья было вынуждено нарушить имущественные права другого лица, обязано компенсировать причиненный ущерб. Ясно, что такой принцип представляет собой правовое осмысление самого общего исходного религиозного предписания.

К правилам, толкующим последствия вынужденного нарушения права в состоянии необходимости, примыкают общие принципы фикха относительно института даман в целом — материальной ответственности за повреждение или уничтожение имущества, а также несения расходов на его содержание. Пожалуй, центральным среди них является принцип, который текстуально воспроизводит слова Пророка Мухаммада: «Получение дохода или пользы обусловлено даманом».

Фикх толкует этот шариатский постулат в правовом смысле как обязанность лица, получающего материальную выгоду от какого-либо имущества, нести потери в связи с его повреждением или уничтожением вместе с расходами по его содержанию. Аналогичное правило устанавливают принципы «кто отвечает за ущерб, тот получает и выгоду» и «выгода — по затратам, а затраты — с выгодой».

Например, если лицо арендовало помещение за определенную плату, то ущерб от его повреждения несет арендодатель, который

получает указанную плату. Но если арендатор использует помещение в форме, не предусмотренной договором, и получает от этого материальную выгоду без предоставления специальной платы собственнику, то на него ложится ответственность за причиненный имуществу ущерб. Это прямо предусмотрено принципом «даман и оплата не сочетаются».

Ряд принципов фикха посвящен распределению ответственности за причинение материального ущерба. В частности, установлено, что, если вред возник в результате совместных действий как лица, чье поведение послужило непосредственной его причиной, так и лица, содействовавшего этому, ответственность за возмещение причиненного ущерба несет первое из них. При этом принимаются во внимание принципы «лицо, непосредственно причинившее своими действиями вред, несет ответственность за его возмещение, даже если оно действовало неумышленно» и «лицо, содействовавшее причинению вреда, несет ответственность за его возмещение только в том случае, если оно действовало умышленно».

Нетрудно заметить, насколько далеко в формулировании этих принципов фикх отошел от изначального высказывания Пророка Мухаммада о неразрывной связи бремени расходов и получения выгоды. Но даже тогда, когда фикх не так свободно толкует шариатскую норму, он осмысливает ее в ином, нередко правовом, ключе.

Показательным примером является принцип «действие животного не влечет ответственности», дословно воспроизводящий изречение Пророка Мухаммада. Фикх, конкретизируя данное предписание шариата, толкует его как освобождение собственника от ответственности за материальный ущерб или вред здоровью, причиненный принадлежащим ему животным. Но это касается лишь случая, когда рядом с животным нет хозяина. Естественно, собственник, у которого животное находится под контролем (буквально «под рукой»), указанную ответственность несет. Если же собственник не находится рядом со своим животным, то он отвечает за причиненный им (именно так) вред только в случае, если

это произошло ночью (очевидно, потому, что был обязан принять все меры для исключения причинения ущерба своим животным заранее, еще до наступления темноты).

Важная группа принципов обосновывает известную концепцию фикха, касающуюся обстоятельств, которые влияют на изменение ранее зафиксированной правовой оценки. Центральная роль среди них принадлежит принципу «то, что является достоверным, не устраняется сомнением», который мусульманские правоведы в своих классических трудах неизменно включают в число краеугольных основ фикха. Шариатским источником данной нормы считается положение Корана: «Но ведь предположение никак не может заменить истину» (10:36).

Указанный принцип означает, что оценка или статус чего-либо, которые в определенный момент в прошлом были установлены в качестве достоверных фактов, сохраняются неизменными вопреки сомнениям. Эта идея в развернутой форме закрепляется иными принципами фикха: «то, что утвердилось в прошлом, остается неизменным до тех пор, пока нет доказательства противного», «исходным в отношении случайностей является их отсутствие» и «исходным является отнесение события к ближайшему по отношению к нему времени».

Аналогичной логикой пропитан принцип «исходным является необременение имущественного статуса». Он обосновывает презумпцию отсутствия у лица имущественных обязательств, которая, как будет показано, характерна для разработанной фикхом концепции судебного доказывания ответственности.

Имущественным правам посвящена самостоятельная группа принципов фикха, которые касаются осуществления полномочий, затрагивающих интересы других лиц. Прежде всего они устанавливают общие исходные критерии, которые должны соблюдаться при распоряжении чужими правами и интересами. В частности, об этом говорит принцип «распоряжение делами зависимых или подчиненных лиц должно преследовать их интересы». Мусульманские правоведы поясняют, что это требование обращено как к властям при принятии ими решений, касающихся интересов

всех подданных, так и, например, к опекуну, который может распоряжаться правами находящегося под его опекой лица только в его интересах.

Причем в случае коллизии полномочий по распоряжению указанными правами применяется общий принцип фикха «специальная компетенция имеет преимущество перед общей компетенцией». Например, шариатский судья обладает общей компетенцией по защите прав малолетнего лица. Но если у последнего есть опекун из числа его родственников, то он обладает преимущественным правом перед судьей, поскольку наделен специальными полномочиями опекуна.

Исходя из такого общего понимания полномочий, отдельные принципы данной группы касаются частных случаев распоряжения имущественными правами, принадлежащими другим лицам. К ним можно отнести принципы «приказ о распоряжении собственностью другого лица недействителен», «никто не вправе распоряжаться собственностью другого лица без его разрешения» и «никто не может присваивать имущество другого лица без правового основания». Вряд ли можно сомневаться в том, что перед нами разработанные фикхом вполне правовые конструкции, хотя они и рассматриваются исламской мыслью как извлеченные из предписаний шариата, в частности из уже упомянутого изречения Пророка Мухаммада: «Ваша кровь и ваше имущество являются для вас запрещенными».

Обращают на себя внимание также общие принципы фикха, которые касаются обязательств и имущественных прав и отличаются правовой логикой. В качестве примера приведем не требующие пояснения принципы «безвозмездное одностороннее распоряжение имуществом приобретает силу только с его овладением» и «при невозможности исполнения обязательства в исходном виде предоставляется эквивалент». Относительно трактовки включаемых в договор условий отметим также вполне очевидные принципы «соблюдение условия сделки обязательно, поскольку это возможно» и «то, что поставлено в зависимость от условия, вступает в силу с реализацией данного условия».

Значительная по количеству и крайне важная в правовом отношении часть общих принципов фикха касается концепции судебного доказывания. Их общим источником считаются шариатские постулаты, которые фикх толкует как установление исходных начал бремени доказывания и индивидуализации наказания. Так, относительно доказательства приводится знаменитое высказывание Пророка Мухаммада: «Если бы людям давалось по их претензиям, то они стали бы претендовать на жизнь других людей и их имущество, но истец должен привести доказательство, а ответчик должен дать клятву». Кроме того, возложение ответственности лично на каждого человека фикх усматривает в предписании Корана: «Никто не возложит на себя ноши чужих грехов. И если обремененная ношей воззовет о помощи, никто не возьмет на себя хотя что-нибудь из ее ноши, даже если она обратится к родственнику» (35:18).

С учетом этих положений шариата фикх сформулировал ключевой принцип «доказательство на истце, а клятва — на том, кто отрицает». При этом проводится существенное различие между фактами, которые должны доказать истец и ответчик: «доказательство приводится для обоснования противоположного тому, что имеется, а клятва — для сохранения имеющегося».

Относительно видов доказательств действует принцип «то, что установлено на основе иных доказательств, равносильно тому, что установлено свидетельствами очевидцев». Однако между отдельными видами доказательств имеется заметное различие, о котором говорит принцип «любое доказательство кроме признания — аргумент неограниченного действия, а признание — ограниченного». Имеется в виду, что признание имеет силу лишь для самого признавшего лица. Эту позицию в четкой форме отражает принцип «лицо подвергается наказанию на основании его признания». В то же время принятие иных доказательств не зависит от такого условия.

В своих принципах фикх трактует противоречия между доказательствами, а также ситуацию, когда уже после вынесения судебного решения стали известны доказательства, противоречащие тем, на основе которых это решение было принято. По данному

вопросу применяется принцип «противоречие в доказательствах препятствует их принятию в качестве основания судебного решения, но на уже вынесенное судебное решение выявленные впоследствии противоречия в доказательствах не влияют».

В этой связи отметим принципы фикха, оценивающие сомнения при оценке судебных доказательств. В основу подхода к этой проблеме опять-таки положены шариатские предписания. В частности, мусульманские правоведы ссылаются на известное высказывание Пророка Мухаммада: «Дозволенное Аллахом — ясно, и запрещенное Им — ясно, а между ними находится то, что не очевидно, и неизвестно, отнести ли его к дозволенному или запрещенному. И поэтому тот, кто остерегается неочевидного и избегает его, сохраняет в чистоте свою религию и честь». Одновременно приводятся другие слова Пророка относительно трактовки сомнений при установлении судебной ответственности: «Исключайте точно установленные наказания при сомнении». Учитывая такие религиозные заповеди, фикх сформулировал принцип «предположение не принимается в качестве доказательства».

Анализ принципов фикха, относящихся к доказательствам, снова дает основание говорить о том, что религиозно-этические постулаты шариата стали для фикха исходным пунктом при выработке правовых подходов. Интересно, что среди данных принципов есть и такие, которые касаются правил формулирования выводов самим фикхом. Некоторые из них убедительно говорят о том, что даже в рамках своей традиционной методологии фикх ориентируется на чисто юридические критерии. В качестве примера приведем принципы «то, что запрещено принимать, запрещено и предоставлять», «то, что запрещено совершать, запрещено и требовать», «с исчезновением препятствия восстанавливается то, чему оно мешало», «установленное вопреки аналогии не может быть основой для аналогии по иным случаям». Очевидно, что никакого особого религиозного смысла эти максимы не несут, а их правовое значение трудно отрицать.

Наряду с ними отдельные принципы данной группы отражают собственную логику фикха, особенности его становления и разви-

тия как социально-нормативной системы. Они посвящены едва ли не центральному его институту — иджтихаду. Напомним, что под ним фикх понимает вынесение правил внешнего поведения по вопросам, по которым шариат не содержит предписаний или предлагает формулировки, требующие дополнительного разъяснения. Прежде всего иджтихад востребован при регулировании мирских отношений, поскольку Коран и Сунна Пророка Мухаммада детально не касаются этой стороны жизни человека.

Центральным здесь является принцип «не допускается иджтихад при наличии предписания в Коране или Сунне». Данное правило определяет соотношение точно установленных в шариате правил с выводами, обоснованными с помощью рациональных инструментов: закрепленное в Коране или Сунне предписание не может быть заменено иной нормой, сформулированной с помощью иджтихада.

Одновременно отношение фикха к самому иджтихаду закрепляет принцип «обоснованное путем иджтихада решение не может быть отменено другим решением, также сформулированным путем иджтихада». Именно данный принцип отражает тот факт, что исламскому праву незнаком судебный прецедент, а само оно развивается путем непрерывного пополнения его состава новыми конкретными решениями, которые не отменяют ранее сформулированные выводы. Одновременно он поясняет, почему для фикха характерно многообразие школ и плюрализм взглядов по сходным вопросам.

Наконец, обратим внимание на принципы фикха, которые раскрывают его отношение к обычаям. Центральным среди них является принцип «обычай имеет силу как норма». Такая оценка объясняется другим принципом — «применяемое людьми правило является аргументом, которому надлежит следовать».

Однако при обращении к обычаям следует учитывать критерии, которым они должны отвечать. Такие условия установлены принципами «обычай принимается во внимание, если он является непрерывным или преобладающим» и «значение имеет то, что является преобладающим и общераспространенным, а не редко встречающимся».

Характерно, что фикх придает особое значение обычаям делового оборота. Об этом свидетельствуют принципы «получившее признание в качестве обычая равносильно тому, что оговорено в качестве условия», «получившее признание купцов в качестве обычая равносильно тому, что оговорено между ними в качестве условия», «то, что точно определено обычаем, равносильно установленному текстом». Такое восприятие обычаев объясняется тем, что исламское право формировалось и развивалось преимущественно как культура городских торговых центров, свод правил, отражавших свободу частных рыночных отношений.

Однако наибольший интерес для понимания характерных особенностей фикха и исламского права как юридического явления представляет принцип «не исключается изменение норм с изменением времени». Формально мусульманские правоведы связывают его с оценкой роли обычаев для *иджтихада*. Они считают, что по вопросам, не урегулированным шариатом с достаточной полнотой, выводы фикха могут меняться с течением времени. Причем факторами, влияющими на этот процесс, кроме времени, являются также место и условия. Такие изменения отражаются в обычаях, которые и принимает во внимание фикх при формулировании своих выводов.

На самом деле развитие фикха определяется не только эволюцией обычаев, но и развитием практики взаимоотношений людей в мирской сфере их жизни вообще. Например, в современных условиях при разработке своих выводов фикх учитывает самые различные обстоятельства, включая опыт других стран и иных правовых культур. Зачастую он вынужден решать проблемы, которые никогда раньше не были известны мусульманскому обществу и никак не связаны с какими-либо обычаями. Однако и в этом случае поиск новых правил теоретически обосновывается ссылкой на указанный принцип, который тем самым открывает возможность постоянного обновления выводов фикха, а значит — исламского права.

Оценивая рассмотренные выше принципы в целом, следует иметь в виду, что они были сформулированы фикхом на основе

осмысления всех его источников и многовековой практики действия разработанных им конкретных правил внешнего поведения. Их появление — заметный вклад фикх-доктрины в развитие шариата и одновременно в мировую правовую культуру. Данные принципы имеют правовую природу и не носят непосредственно религиозного характера, точнее, уже не являются исключительно элементом ислама как религии. Показательно, что среди них нет ни одного стиха Корана, а всего несколькими хадисам придан чисто правовой смысл. Думается, что в таком характере общих принципов прямо отражается различие религиозного и юридического начал в фикхе.

Важно также учитывать, что практически все принципы фикха по своему содержанию касаются взаимоотношений людей в мирской сфере. Кроме того, они преимущественно посвящены вопросам собственности, обязательств и правил рассмотрения судебных споров, что подчеркивает их юридическую направленность. В то же время весьма показательно, что среди общих принципов фикха нет таких, которые были бы непосредственно связаны с уголовным правом. Косвенно эта черта наглядно демонстрирует, какие области фикха ближе других подошли к восприятию правовых конструкций.

Следует, однако, иметь в виду, что мусульманские юристы рассматривают общие принципы фикха не в качестве норм прямого действия, а как доктринальные ориентиры. Несмотря на то что сама доктрина является источником исламского права, принципам фикха такой статус формально не придается. Поэтому сами по себе они не могут быть достаточным основанием для вынесения судебных решений. С их помощью суду легче отыскать нужный источник для вынесения своего решения и сделать правильный выбор среди множества разнообразных, а порой и противоречивых выводов, предлагаемых различными школами фикха. Вместе с тем ссылка на принцип фикха достаточна для отказа от нормы, если ее применение в конкретной ситуации противоречит, например, отмеченным выше целям шариата, которые закреплены на уровне указанных принципов.

Иными словами, принципы фикха лежат между осмыслением права и правоприменительной практикой, принадлежат не только доктрине, но и самому действующему исламскому праву. Такое понимание общих принципов помогает более точно обрисовать их место среди предписаний шариата и выводов фикха, а также в структуре исламского права.

Если говорить о фикхе в целом, то в его общем арсенале можно обнаружить много норм, которые не просто не отвечают правовым требованиям, но и выглядят анахронизмом в современном мире, открыто противоречат общепризнанным правам человека. В мусульманском обществе всегда были и сохраняются до сих пор такие стороны поведения человека и отношения между людьми, которые регулируются прежде всего религиозными предписаниями как приоритетными. Поэтому по этим вопросам часто наблюдается открытый конфликт шариатских постулатов с правовыми в точном смысле нормами. Такое противоречие затрагивает однозначные и точные предписания Корана и Сунны Пророка Мухаммада. Показательным является пример шариатских наказаний за вероотступничество. Кроме того, в последнее время широко обсуждается несоответствие правил ношения одежды мусульманками с законодательством ряда европейских стран.

Однако эти расхождения, несмотря на их серьезный характер, не должны служить основанием для одностороннего вывода о том, что право вообще чуждо исламской культуре. О восприятии ею правовых идей говорят многие положения фикха. Главным образом это относится к его общим принципам, которые вполне очевидно тяготеют к отражению юридических конструкций.

Общие принципы занимают особое место в структуре фикха. Это хорошо видно при их сопоставлении с его конкретными выводами. Объединяет их то, что принципы, как и большинство конкретных решений, были выработаны доктриной в рамках иджтихада. Однако в отличие от частных правил, которые несвободны от ошибок и допускают пересмотр, общие принципы считаются постоянной неизменной частью фикха. Для мусульманского сознания это означает, что они ставятся в один ряд с точными по-

ложениями Корана и Сунны и таким образом приобретают статус неизменной части шариата, обеспечивающей его постоянство в любое время и при любых обстоятельствах.

Если изначально шариат играл роль религиозного источника, давшего жизнь указанным принципам, то после своего формулирования фикхом они сами превратились в элемент шариата, более того, составили его сердцевину. Тем самым принципы фикха, имеющие юридический смысл, оказались включенными в шариат как религиозный феномен, отражая тесное сочетание в нем божественного откровения с рациональным осмыслением правовой действительности.

Конечно, такая трактовка соотношения указанных принципов с шариатом не во всем совпадает с исламской традицией. Нельзя забывать, что общие принципы фикха вырабатывались мусульманским религиозным сознанием. Это не может не накладывать глубокого отпечатка на их восприятие исламской культурой, которая смотрит на все относящееся к шариату сквозь призму религии. С таких же позиций она воспринимает фикх и его принципы, связывая их с шариатом.

И все же общие принципы фикха по своей природе отнюдь не то же самое, что и предписания Корана и Сунны Пророка Мухаммада. И дело как раз в их юридическом содержании. На наш взгляд, принципы фикха в мусульманской культуре представляют собой главным образом правовые конструкции, но сформулированные и оцениваемые религиозным мировоззрением. Они выступают свидетелями того, как религиозное мусульманское сознание воспринимает право. Речь идет о профессиональном правосознании, которое, как уже отмечалось, чисто религиозное отношение к внешнему поведению человека достаточно четко отличает от его юридической оценки с позиций фикха. Современное юридическое толкование шариата как источника законодательства, о чем будет сказано ниже, является показательным примером данного различия.

Таким образом, общие принципы фикха определяют юридическую природу исламского права, которое может быть названо

таковым не потому, что в нем якобы воплощается божественное откровение, а на основании данных принципов. Они связующее звено между религиозными постулатами и исламским правом. Именно принципы фикха открывают перед ним возможность взаимодействовать с иными правовыми культурами на основе общности многих их юридических характеристик. Не случайно современное мусульманское правоведение прямо сопоставляет данные принципы с нормами римского права и европейским законодательством.

Одновременно они позволяют выявить характерные особенности исламского права как самостоятельной правовой системы (семьи).

В частности, как было показано, общие принципы фикха обосновывают вывод о том, что ведущим источником исламского права является доктрина, а правило судебного прецедента не действует. Они также объясняют, почему исламское право развивалось путем накопления конкретных норм, сформулированных в разное время и не совпадающих друг с другом. В общих принципах фикха отражаются специфические институты исламского права, например институт вреда и его причинение как основание ответственности, специфическое значение условий в обязательственном праве, возможность исключения действия императивной нормы, особая роль суда (вплоть до признания судебной власти в качестве ведущей в сравнении с нормотворческой и исполнительной).

Правовая природа общих принципов фикха подтверждается их формальным закреплением в обязательной юридической форме. Это произошло в ходе реформ правовой системы Османской империи в XIX в., когда в 1869–1876 гг. была принята так называемая Маджалла — свод норм по вопросам гражданского и судебного права, представлявший собой первую официальную кодификацию норм фикха. Вступительная глава данного акта после определения фикха содержит несколько десятков указанных принципов.

Для характеристики общих принципов фикха как неотъемлемой и неизменной части исламского права существенное значение имеет их включение в современное законодательство мусульманских стран, правовые системы которых продолжают испытывать

влияние шариата. Приведем несколько примеров, подтверждающих этот вывод.

Так, действующий иракский закон о доказательствах 1979 г. закрепляет ряд известных принципов фикха:

- «исходным предположением является необременение лица имущественными обязательствами»;
- «доказательство лежит на истце, а клятва лежит на том, кто отрицает правомерность иска»;
- «исходным предположением является сохранение в настоящем состояния, которое было в прошлом»;
- «то, что установлено в качестве достоверного в прошлом, остается в правовом отношении неизменным до тех пор, пока нет доказательства противного»;
- «исходным предположением в отношении отклоняющихся от общего правила случайностей является их отсутствие»;
- «исходным предположением является отнесение наступления события или совершения действия к ближайшему до его установления времени в прошлом»;
- «признание является достаточным доказательством и ограничивается признавшимся лицом».

Многие из указанных положений включает и суданский закон о доказательствах 1994 г., который, кроме того, упоминает и другие принципы:

- «обычай принимается во внимание, если он является непрерывным и преобладающим»;
- «молчание не принимается в качестве высказывания, однако сохранение молчания в случае необходимости волеизъявления считается таковым и рассматривается как согласие»;
- «настойчивый отказ лиц от своих прежних действий в стремлении добиться их отмены с целью приобретения какого-либо права обращается против него и не может быть основанием признания за ним каких-либо прав»;
- «в случае сомнения применение точно установленных шариатом мер ответственности исключается».

Более двух десятков общих принципов фикха включено в суданский кодекс гражданских правоотношений 1984 г. Среди них имеются практически все из отмеченных выше норм, а также некоторые другие, например:

- «не исключается изменение норм с изменением времени»;
- «необходимость позволяет то, что запрещено»;
- «необходимость определяется своей мерой»;
- «доход или пользу от имущества получает тот, на ком лежит обязанность возмещать ущерб или нести риск гибели и порчи данного имущества»;
- «приказ, предусматривающий распоряжение собственностью другого лица, недействителен»;
- «не допускается иджитihad по вопросам, по которым имеется норма шариата».

По числу закрепленных общих принципов фикха явно выделяется принятый в Объединенных Арабских Эмиратах (ОАЭ) в 1985 г. кодекс гражданских правоотношений, в котором можно обнаружить более сорока таких предписаний. От него не сильно отстают йеменский гражданский кодекс 2002 г. Даже суданский закон 1991 г. о личном статусе мусульман включает около полутора десятков общих принципов фикха.

Особая роль, отводимая указанным принципам, подтверждается не только их закреплением в отдельных нормативно-правовых актах, но и практикой применения положений конституции. В частности, Верховный конституционный суд Египта в своих многочисленных решениях дал толкование ст. 2 конституции 1971 г., которая после изменения, внесенного по итогам референдума в мае 1980 г., признает принципы шариата ведущим (приоритетным) источником законодательства. Со ссылкой на доклад комиссии по изменению статей конституции, одобренный парламентом, египетский орган конституционного контроля пришел к выводу, что указанное конституционное положение обращено к законодателю и придает принципам шариата статус не юридического, а материального источника права.

При этом конституционный суд буквально воспроизвел ту часть указанного доклада, где содержится разъяснение смысла новой редакции ст. 2 конституции: «В поиске необходимой нормы законодатель обязан обращаться к положениям исламского шариата и в случае их наличия не может прибегать к иным источникам. Если же он не находит в исламском шариате очевидного правила, то предусмотренные им способы формулирования норм с помощью иджтихада дают возможность законодателю прийти к таким нужным нормам, которые не противоречат корням (исходным началам) и общим принципам исламского шариата».

Следует пояснить, что исламская мысль относит к корням шариата не только указатели фикха и установленные шариатские методы формулирования норм, но и общие принципы фикха. Поэтому приведенное выше толкование ст. 2 конституции Египта означает, что указанные принципы рассматриваются в качестве материального источника законодательства. Иными словами, в таком понимании принципы фикха выступают как элемент шариата и одновременно как правовой институт. При этом в данном контексте они приобретают более широкий смысл по сравнению с их обычным пониманием: если традиционная исламская мысль видела в них лишь доктринальные максимы, используемые при применении выводов фикха, то теперь они адресуются также и к законодателю.

В итоге во многих современных мусульманских странах принимается законодательство, которое ориентируется на европейские образцы и в то же время учитывает общие принципы фикха.

Более того, современное исламское законодательство порой закрепляет статус общих принципов фикха даже в качестве формального юридического источника. Примером может служить принятый в Бахрейне закон № 19 от 2009 г. о семье, который в ст. 3 предусматривает, что в случае отсутствия в нем необходимой нормы судья обращается к известным выводам маликитской школы фикха. Если этого оказывается недостаточно, то необходимо искать решение в положениях иных суннитских толков, а при их пробельности надлежит применять общие принципы фикха, из-

вестные в шариате. Такое предписание лишний раз подчеркивает юридическую природу исламского права, стержнем которого являются указанные принципы.

1.6. ИСЛАМСКОЕ ПРАВО КАК ЮРИДИЧЕСКОЕ ЯВЛЕНИЕ И ЕГО СООТНОШЕНИЕ С ШАРИАТОМ И ФИКХОМ

В правовой науке и востоковедении термин «исламское (мусульманское) право» используется в различных значениях. Как уже отмечалось, чаще всего им обозначаются шариат, сводимый ко всем правилам внешнего поведения мусульман, или фикх. Кстати, близкий смысл в исламское право вкладывают и мусульманские ученые. Они считают его синонимом нормативной стороны шариата или фикха в том их понимании, которое сложилось в традиционной исламской мысли.

Вместе с тем исламское право, особенно в отечественной литературе, порой ассоциируется с широко трактуемым шариатом, в который включаются не только собственно исламские предписания — положения Корана и Сунны, но и местные обычаи, составляющие нормативную основу образа жизни мусульман. При этом такие локальные правила отнюдь не всегда соответствуют шариату в точном смысле и даже могут ему противоречить.

В отдельных работах правового профиля под исламским правом подразумевается также законодательство, действующее в мусульманских странах и основанное на нормах шариата. Особо подчеркнем, что в российском сравнительном правоведении исламское (мусульманское) право без достаточных оснований ассоциируется с шариатом или фикхом.

На наш взгляд, все эти трактовки исламского права не являются точными в научном отношении, поскольку не ориентируются на строгие юридические критерии и не позволяют выявить специфику данного явления как правового феномена и самостоятельной правовой системы. Это касается главным образом широко распро-

страненной характеристики исламского права как религиозной правовой системы. С такой оценкой можно согласиться лишь при отождествлении шариата и исламского права. Но даже при таком допущении она выглядит односторонней, поскольку делает акцент на шариате как религиозном феномене, упуская из вида особенности исламского права как юридического явления.

Необходимо преодолеть такой односторонний подход к исламскому праву как к преимущественно религиозному явлению и раскрыть его соотношение с шариатом и фикхом. Иными словами, при анализе исламского права важно установить не только его связь с религией ислама, но и дать ответ на вопрос, отвечает ли оно требованиям права. Образно говоря, следует четко представлять, что в исламском праве является исламским, а что — правовым.

В этой связи подчеркнем, что в юридическом смысле исламским правом могут быть названы отнюдь не все положения шариата и даже не все сформулированные фикхом правила внешнего поведения, а лишь те из них, которые отвечают правовым критериям и по своему содержанию могут рассматриваться как право. На наш взгляд, определение данного феномена в качестве исламского предпочтительнее распространенного в литературе и ранее использовавшегося нами его обозначения как мусульманского. Дело в том, что термин «исламское право» по своему смыслу подразумевает систему таких юридических правил внешнего поведения, которые одновременно являются частью фикха — доктринального осмысления шариата, являющегося, в свою очередь, воплощением религиозно-этических постулатов именно ислама. Причем эти предписания отнюдь не всегда совпадают с реальным образом жизни мусульман, который более правильно называть мусульманским, а не исламским, поскольку он включает много обычаев, прямо противоречащих шариату, а значит — исламу. Преимущество термина «исламское право» заключается в том, что он прямо подчеркивает связь с постулатами ислама, в то время как термин «мусульманское право» скорее делает акцент на тех правилах, которые приняты мусульманами, но могут не совпадать с положениями шариата и выводами фикха. Хорошо известно, что целый ряд обычаев и традиций, сло-

жившихся на протяжении веков и до сих пор являющихся важной частью образа жизни мусульман во многих странах, противоречит исламским нормам. Поэтому ставить знак равенства между ними и шариатом, а тем более исламским правом некорректно.

Целью изучения исламского права должен быть прежде всего анализ степени отражения в нормах, разработанных фикхом на основе шариата, сущностных характеристик права. Одновременно важно установить, в каких формах такие правила находили государственную поддержку. Иными словами, речь идет о выявлении особенностей юридической природы исламского права как по содержанию, так и по форме.

Повторим, что фикх в целом нельзя безоговорочно называть исламской юриспруденцией или исламской правовой доктриной. Как одна из шариатских наук фикх прежде всего имеет ярко выраженную религиозную направленность, особенно в том, что касается понимания источников и способов формулирования правил внешнего поведения. Ориентация фикх-доктрины на основополагающие догмы ислама выглядит вполне естественной, если принять во внимание особенности его становления и развития. Вслед за доктриной тесно связанными с религией оказываются и сами разработанные фикхом нормы, включая и те из них, которые отвечают критериям права.

Однако оценка доктрины как религиозной по своим исходным постулатам требует уточнения. Дело в том, что явно религиозная направленность характерна только для той ее части, которую можно назвать философией исламского права, призванной объяснить его происхождение божественным откровением. Исламское правопонимание исходит из того, что любые правила поведения — не творение человека или государства, а выражение воли Аллаха. Люди в состоянии лишь находить нужные решения в общих рамках шариата, что является сутью иджитхада. Однако если проанализировать исламские концепции, касающиеся конкретных вопросов внешнего поведения человека и соответствующих конкретных правил, то легко убедиться в том, что на этом уровне чисто религиозные догмы и нравственные требования уступают ме-

сто рациональной логике, которая нередко спонтанно, но вполне отчетливо ориентируется на правовые критерии.

Современные мусульманские правоведы, подчеркивая религиозно-этические (шариатские) исходные начала фикха, нередко наглядно иллюстрируют его роль в юридической интерпретации нравственных предписаний ислама. Наглядным примером может служить трактовка честности в исполнении обязательств по сделкам. Сама по себе эта категория имеет нравственный смысл, но фикх толкует ее в правовом ключе. Если лицо не в состоянии исполнить взятые на себя обязательства по договору в силу материальных затруднений, возникших по объективным причинам, то ему должна быть предоставлена отсрочка. Но при недобросовестном уклонении должника от удовлетворения требований кредитора он должен нести юридическую ответственность. Иначе говоря, несоблюдение нравственной нормы получает правовую оценку и служит основанием применения санкции.

В результате развития фикх-доктрины на протяжении веков происходил постепенный процесс выделения в общем составе его выводов таких правил внешнего поведения, которые соответствовали правовым критериям. В содержательном отношении важнейшим рубежом в этом процессе явилось формирование уже рассмотренных общих принципов фикха.

Общие принципы фикха вместе с его «корнями», включающими шариатские указатели и установленные шариатские методы, составляют так называемые корни (исходные начала) шариата. Причем с правовой точки зрения центральная роль в этом комплексе принадлежит именно общим принципам. Их значение сводится к тому, чтобы, с одной стороны, гарантировать соответствие конкретных, сформулированных фикхом правил религиозно-этическим предписаниям шариата, а с другой — придать этим нормам правовой характер. Иначе говоря, общие принципы фикха являются ключевым звеном, соединяющим шариат и фикх с исламским правом. Именно поэтому их разработка доктриной стала решающим шагом на пути выделения в рамках фикха исламского права, являющегося юридическим явлением по своему содержанию.

Особая роль доктрины объясняется также спецификой исламского правосознания, для которого ориентация на шариат является непременным условием легитимности исламского права. Привязка к шариату через фикх-доктрину обеспечивает исламскому праву авторитет в глазах мусульман, воспринимающих его как воплощение постулатов своей веры. Если бы право не отличалось такими качествами, оно не могло бы действовать в исламском обществе. Такое взаимодействие с религией, разумеется, не определяет собственно юридическую природу исламского права, но в значительной мере объясняет эффективность его действия и характерные черты его восприятия.

Исламскому праву, как и любой правовой системе, присуща своя модель взаимосвязи правовых норм, правосознания и поведения. Отчетливая религиозная окраска исламского права объясняет предельную близость этих компонентов между собой. Его норма воспринимается верующим как квинтэссенция религиозных представлений о должном и справедливом. А это, в свою очередь, предопределяет готовность подчиниться ей в своем поведении. Центральная роль в этой триаде принадлежит правосознанию, точнее, исламскому правовому менталитету, который соединяет в себе религиозные и собственно правовые представления.

Отсюда следует вывод о том, что исламское право не синоним шариата. Различение этих понятий основано на правовых критериях: шариат включает все обращенные к людям предписания Корана и Сунны Пророка, а к исламскому праву относятся лишь те принципы и нормы, которые были разработаны или истолкованы фикх-доктриной и отвечают требованиям права. Шариат в собственном смысле — в целом религиозное явление, в котором сквозь призму фикха можно обнаружить лишь отдельные следы правового начала. В отличие от него исламское право — юридический феномен, хотя и оцениваемый религиозным сознанием меркой шариата. Он является общей мировоззренческой основой исламского права как относительно самостоятельного явления, связанного с религией прежде всего через исламское правосозна-

ние. Схематично взаимосвязь религии, доктрины и права в исламе можно представить следующим образом:

Коран и Сунна → шариат → фикх-доктрина и фикх-нормы → исламское право.

Иначе говоря, Коран и Сунна, т. е. религиозные постулаты, составляющие шариат, являются основой фикх-доктрины, разрабатывающей конкретные правила внешнего поведения, часть которых имеет правовой характер и является исламским правом в собственном смысле.

Конечно, самостоятельность исламского права как юридического явления и его независимость от религиозных постулатов ислама относительны. Было бы неверно утверждать, что между ними нет никакой связи. Более того, исламское право является самостоятельной правовой системой (семьей), специфика которой заключается прежде всего в сложном сочетании в нем религиозного и собственно юридического начал. Анализ их соотношения позволяет лучше понять основные характерные черты исламского права, отличающие его от других правовых систем (семей). В частности, как юридическое явление исламское право сформировалось в результате исламизации правовой практики, придания религиозной формы рациональной систематизации юридических принципов, норм и индивидуальных решений. Переплетение иррационального и рационального моментов во многом предопределяет и идейную основу исламского права, пронизывающие его ценности, а также общую направленность исламского правосознания, включая правопонимание и стиль мышления мусульманских юристов.

Исламские представления о правовом идеале связывают его с шариатом и фикхом, в которых, как было показано, божественное и человеческое теснейшим образом переплетены. Образно говоря, одной своей стороной шариат, интерпретируемый фикхом, обращен к небу, а другой — к земле. В целом он представляется как универсальная система, в которой внутренние религиозные убеждения мусульманина предопределяют его внешнее поведение. В свою очередь, строгое следование правилам фикха, воспри-

нимаемым как конкретизация шариата, рассматривается в исламе как безошибочный показатель истинной веры в Аллаха. Шариат и фикх являются самыми близкими к исламу понятиями, стержнем мусульманского образа жизни, идеальной моделью, на которую мусульманин обязан ориентироваться в своих мыслях и поступках.

На уровне правил поведения фикх для мусульман играет приблизительно ту же роль, которую культура европейцев отводит всей системе социально-нормативного регулирования, включающей нравственные, религиозные, юридические и иные поведенческие ориентиры и оценки. Учитывая, что шариат и фикх в значении правил внешнего поведения сопоставимы с правом в европейском понимании, они часто отождествляются с исламским правом. В этом смысле следующий шариату и фикху мусульманин условно может быть назван «правовым» человеком, поскольку живет по истинному праву в его собственном, исламском восприятии. Ключевым для исламского сознания является убеждение в том, что высшим и идеальным правом выступает только толкуемый фикхом шариат, превосходящий по авторитету любые формальные, созданные людьми нормы, включая государственное законодательство.

Для мусульман истинным законодателем выступает только Аллах, воля которого и воплощена в шариате. Не случайно, например, в Саудовской Аравии по решению короля термины «закон» и «законодательство» не используются применительно к действующим в стране правовым актам, которые символично называются «низамами» — регламентами. Такое наименование призвано подчеркнуть, что земная государственная власть обладает лишь регламентарными полномочиями, ограниченными истинным правом — шариатом. Характерно, что в Основном низаме о власти 1992 г., играющем роль основного закона страны, конституцией Королевства объявлены не этот акт, а Коран и Сунна Пророка.

Для философии и общей теории исламского права характерно заметное преобладание религиозного взгляда на юридические проблемы. В идейно-теоретическом плане он подчинен общим на-

чалам ислама. Однако мусульманские юристы подходили к этим началам с позиций правовой практики, переводя их с помощью рациональных методов толкования на язык юридических правил поведения. Такую роль юристов особенно важно отметить, поскольку основным источником традиционного исламского права выступала доктрина, выводы авторитетных исламских правоведов, принадлежавших к различным школам (толкам) интерпретации Корана и Сунны.

С учетом этого следует анализировать также структуру и технико-юридическое содержание исламского права. Так, весьма абстрактные и неоднозначно понимаемые положения сочетаются в нем с детализированными, казуальными нормами и индивидуально-правовыми решениями. Причем между этими двумя сторонами содержания исламского права нет никакого противоречия, поскольку обращенные к мусульманам общие предписания, имеющие преимущественно характер религиозно-этических ориентиров, могут быть реализованы на практике только в виде конкретных правил поведения, которые и формулируются исламской правовой доктриной. Однако соотношение общих ориентиров и конкретных правил неодинаково для двух частей исламского права, первая из которых включает предписания, касающиеся прежде всего исполнения религиозных обязанностей, а вторая сводится к нормам, определяющим взаимоотношения людей между собой (муамалат). Если Коран и Сунна содержат все основные правила «ибадат», то подавляющее большинство конкретных норм в сфере «муамалат» было сформулировано мусульманскими юристами.

Своеобразным соотношением религиозного и юридического начал объясняется и тот факт, что в исламском праве в собственном смысле основное внимание уделяется внешнему поведению человека, а не его внутренним мотивам. Вместе с тем осуществление его норм на протяжении веков опиралось главным образом на религиозную совесть мусульман и их восприятие данных норм как религиозных. Не случайно в исламской правовой теории активно развивались как концепция интереса, учитывающая прежде всего

религиозно-этические ценности ислама, так и учение о юридических стратагемах, принимающее во внимание лишь формальное соответствие поступков или сделок установленным правилам. В целом, однако, эффективность механизма действия мусульманского права во многом объясняется близостью, а нередко и слитностью правосознания с нормами, готовностью мусульман соблюдать последние без вмешательства государства и особого аппарата принуждения.

Соотношению в исламском праве обязанностей и индивидуальных прав также может быть дана точная характеристика, если не упускать из вида переплетение в нем указанных двух моментов. Действительно, лежащие в основе исламского права религиозно-этические начала прежде всего нацеливают его на закрепление обязанностей, возложенных на мусульманина в области культа. Вместе с тем исламская правовая доктрина, уделяющая основное внимание разработке конкретных правил поведения, не меньшее значение придает концепции индивидуальных (субъективных) прав. Причем ведущим правилом ее рационального подхода к решению юридических вопросов является принцип дозволения, поэтому большинство норм исламского права, сформулированных юристами рациональным путем, носит диспозитивный характер. Лишь немногие предписания Корана и Сунны, которые считаются имеющими непосредственно божественное происхождение, закрепляют преимущественно обязанности и являются императивными.

Взаимодействие религиозной и рациональной основ в исламском праве прослеживается и на уровне характерного для него соотношения объективного и субъективного права. Первое исламская правовая теория относит к религиозной сфере и связывает его с выраженной в Коране и Сунне волей Аллаха. А второе считает формой рациональной интерпретации и конкретизации данной воли юристами, которые формулируют нормы, предусматривающие субъективные права и обязанности.

Наконец, сочетание в исламском праве жесткости и постоянства с гибкостью и способностью изменяться также имеет отноше-

ние к его двойственной природе. Преемственность и традиционализм исламского права, его авторитет объясняются тем, что правоверные воспринимают его как систему предписаний, имеющих божественное происхождение. В то же время свободная интерпретация юристами общих положений Корана и Сунны, рациональный поиск правовых решений дают ему возможность развиваться и до известных пределов приспосабливаться к изменяющимся общественным отношениям, что касается главным образом «муамалат».

Можно отметить некоторые особенности исламского права как самостоятельной правовой системы (семьи) в соответствии с критериями, принятыми современным сравнительным правоведением. В частности, его основным формальным источником в течение многих веков была доктрина, которая стала наиболее приемлемой формой взаимодействия религиозной идеи с правовым началом. Преобладающий территориальный принцип действия норм исламского права всегда сочетался и продолжает сочетаться с персонально-конфессиональным (преимущественно в области семейных отношений). Данной правовой системе присущи специфические институты, например вакф, закят или махр (брачный дар), а также такие меры ответственности, которые имеют религиозный смысл (искупление и пост).

Ряд характерных черт исламского права как самостоятельной правовой системы ярко проявляется в той роли, которую оно играет в современном мусульманском мире, и в его тесном взаимодействии с европейской правовой культурой, о чем будет сказано ниже.

В заключение вновь обратимся к соотношению между шариатом, фикхом и исламским правом, которое схематично, опуская детали, можно представить следующим образом.

Шариат, воплощенный в Коране и Сунне Пророка, является сводом религиозных заповедей различного характера. Среди них выделяются постулаты, затрагивающие внешне выраженное поведение человека, — так называемые практические (поведенческие) правила. Их формулированием и изучением занимается специаль-

ная наука — фикх. Взятые в целом, Коран и Сунна выступают в качестве общих, или обобщающих, источников практических норм шариата. Что же касается конкретных коранических стихов и хадисов (или их фрагментов), обращенных к внешнему поведению человека, то они считаются детализирующими (частными) источниками (указателями) соответствующих правил и оценок.

По мирским взаимоотношениям людей лишь небольшая часть этих детализирующих источников фиксирует четкие и единообразно понимаемые нормы. А преобладают в данной сфере такие частные указатели, которые отличаются неоднозначностью и допускают различную трактовку своего нормативного содержания.

Для осмысления в нормативном ключе положений Корана и Сунны фикх использует специальные логические приемы и установившиеся традиционные процедуры — утвержденные шариатские методы. С их помощью практические нормы извлекаются не только из очевидных по смыслу, но и из многозначных предписаний шариата.

Кроме того, исламская мысль разработала ряд рациональных указателей — преимущественно рациональных способов поиска и установления правил внешнего поведения в ситуациях, вообще прямо не охваченных текстом Корана и хадисов. Считается, что такие приемы (в частности, аналогия), составляющие сердцевину иджтихада, изначально установлены Аллахом и поэтому в той или иной форме предусмотрены самим шариатом. Наряду с Кораном и Сунной они входят в число источников практических норм последнего.

Формулируя такие правила в рамках иджтихада, фикх обращается не только к различным отмеченным источникам (указателям), но и к исходным началам шариата — самым широким ориентирам внешнего поведения, которые декларируются стихами Корана и хадисами в крайне общей форме. Вместе с тем фикх обосновал ряд концепций в качестве ведущих критериев оценки внешнего поведения людей. Прежде всего это относится к теории целей шариата и иерархии интересов человека как основания любой практической шариатской нормы. Большое значение придается

презумпции дозволенности в мирской сфере всего, что прямо не предусмотрено шариатом и не укладывается в рамки конкретных правил, сформулированных с помощью известных указателей.

Одновременно в поиске подходящего для конкретной ситуации решения принимаются во внимание общие принципы фикха, которые отражают отмеченные концепции и позволяют сделать правильный выбор среди многочисленных и часто противоречивых частных норм.

Все источники шариатских правил внешнего поведения вместе с утвержденными шариатскими методами составляют «корни» фикха. Они, в свою очередь, в сочетании с целями шариата и общими принципами фикха рассматриваются в качестве «корней» шариата, на основе которых фикх окончательно фиксирует правила внешне выраженного поведения человека. Эти нормы считаются шариатскими и также именуются фикхом.

Среди шариатских норм (выводов фикха) имеются и такие, которые по своему смыслу, подходу к определению рамок поведения отвечают правовым критериям и поэтому в содержательном отношении могут быть названы исламским правом. Указанные правила получают законченную форму позитивных правовых велений в результате придания им государством официального статуса, властного фиксирования в том или ином виде, например применения их судом либо закрепления в законодательстве.

Такие шариатские нормы становятся исламским правом не только по содержанию, но и по форме. Фикх в значении доктрины играет роль формального (юридического) или материального (исторического) источника позитивного исламского права, современным вариантом которого является исламское законодательство.

ИСЛАМСКОЕ ПРАВО В СОВРЕМЕННЫХ ПРАВОВЫХ СИСТЕМАХ МУСУЛЬМАНСКИХ СТРАН

2.1. РЕФОРМЫ XIX в. — ПЕРЕЛОМНЫЙ МОМЕНТ В РАЗВИТИИ ИСЛАМСКОГО ПРАВА

Вплоть до XIX в. практически единственным источником (внешней формой) исламского права являлась доктрина (фикх). 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 очень часто придерживались несовпадающих позиций по сходным ситуациям и порой достаточно 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.

Но 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 неукосни-

тельного действия и безраздельного господства шариата, реальная ситуация была 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 выше 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 ограничивалось только фикхом, а включало и иные элементы (подсистемы), которые не совпадали со строгими исламскими догмами. Причем 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. Ведь если 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 жизнь в мусульманском обществе.

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. Например, 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 телесное наказание за употребление алкоголя крайне редко осуществлялось на практике. Оно, как правило, вообще не действовало или заменялось иными санкциями, которые закреплялись в законодательстве либо фактически применялись судом и иными государственными органами. Это касалось и некоторых иных уголовных наказаний, теоретически предусмотренных шариатом.

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 печатавшихся в то время книг) юридических трактатов, а на практике не действовали. Иными словами, они становились достоянием фикх-доктрины, но не приобретали статуса фикх-права.

Прежде всего речь идет о личном статусе немусульман — брачно-семейных, наследственных и некоторых 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 повсюду в мусульманском мире в любой момент истории проживали достаточно многочисленные группы немусульман — христиан, иудеев, зороастрийцев, то становится понятным, почему в брачно-семейных отношениях параллельно с исламским правом здесь всегда действовали иные правовые регуляторы, прямо связанные с неисламскими религиозными традициями.

Отметим, что такую своеобразную правовую автономию немусульманам предоставляло само исламское право, которое исходило, да и сейчас исходит, из преобладания религиозного принци-

па 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 часто фактически 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.

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

Однако 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 так и не смогло преодолеть в течение веков. Имеющиеся исследования убедительно показывают, что исламское уголовное право очень часто уступало в соперничестве с местными обычаями. Похожая картина наблюдалась даже 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 с определенного исторического момента в качестве мощного конкурента исламскому праву заявило о себе европейское право, применявшееся в Османской империи в силу

режима капитуляций. Он сложился в результате заключения османскими властями специальных соглашений с европейскими державами. В соответствии с ними споры, возникшие на территории империи между европейцами (главным образом торговцами), разрешали не шариатские суды по фикху, а консульские суды, которые 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 иностранцев. Но дело в том, что со временем юрисдикция консульских судов стала охватывать рассмотрение споров европейцев с османскими подданными. Понятно, что такая метаморфоза привела к еще большему сокращению пределов действия исламского права.

Наконец, 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, в частности, говорят акты османских властей по административным, финансовым, налоговым, уголовным вопросам. Показательным примером являются законы, введенные в действие султаном Селимом Первым. В результате практической реализации такого законодательства сфера действия исламского права еще серьезнее сужалась.

Отступление исламского права перед лицом указанных факторов 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 об известной концепции «таклида», т.е. следования традиции. В теории она исходила из «закрытия врат иджтихада» — прекращения или заметного ограничения процесса разработки новых выводов фикха с помощью его рациональных указателей (источников).

По этому вопросу среди 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, по крайней мере 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. Но это отнюдь не свидетельствовало о прекращении иджтихада вообще. Просто господство идеи таклида привело к тому, что выводы традиционного фикха приобрели статус незыблемых постулатов, фактически безошибочных и не нуждающихся в серьезном обновлении. На практике иджтихад стал сводиться к выбору нужного взгляда среди различных позиций, уже выработанных его авторитетными последователями в предыдущие эпохи (современные мусульманские правоведы называют его «иджтихадом, основанным на предпочтении»). Лишь 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 столетий 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, отнюдь не всегда отвечали строгим юридическим критериям. Однако его ориентация на эти начала с течением времени 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 отражает 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, отражающих потребности практики. Такая линия объективно способствовала накоплению в содержании фикха правовых элементов, хотя на уровне теоретических постулатов и правил, ориентированных на регулирование реальных отношений, это проявлялось неодинаково.

Если исходные начала доктрины, особенно «корни» фикха, всегда носили преимущественно религиозный характер, то 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 уделяла все более пристальное внимание обоснованию таких подходов, которые открывали дорогу к праву.

Как уже отмечалось, 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 то, что запрещено» использовался для обоснования учета реальных потребностей за счет отказа от сформулированных шариатом строгих 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, стратегем, выдвинутая еще в начальный период формирования фикха, но оказавшаяся наиболее актуальной именно в Средние века.

Одновременно в рамках фикха и его «корней» получил дальнейшее развитие ряд концепций, 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. В принципе такая концепция обосновывает возможность заимствования отдельных норм и институтов, принадлежащих к чужой правовой культуре.

Еще одной ключевой теоретической конструкцией, открывавшей путь к реализации неисламских норм и институтов в правовых системах мусульманских стран в это время, явилась концепция шариатской политики. Она исходила из того, что власть несет ответственность за претворение в жизнь норм шариата и должна решать все вопросы, касающиеся интересов мусульманской общины, 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. Конечно, при условии, что они не вступают в конфликт с положениями Корана и Сунны Пророка, т.е. не запрещают дозволенное ими и не дозволяют запрещенное этими источниками.

Но даже с учетом активного развития отмеченных концепций исламская мысль продолжала теоретически исходить из безусловного верховенства шариата по отношению к государственному законодательству и обычаям. Она считала приемлемыми только обычаи, не противоречащие шариату, хотя на практике соотношение между этими социально-нормативными регуляторами было

прямо противоположным: нормы шариата очень 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. Но нужды реальной политики заставляли доктрину спускаться на грешную землю еще ниже. Так, в османскую эпоху стало обычной практикой санкционирование верховным судьей империи в качестве приемлемого с точки зрения шариата государственного законодательства, очевидно отходившего от него.

И 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 выше фактов на протяжении столетий исламскому праву принадлежало центральное место в правовых системах мусульманских стран, где 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 указанного столетия в его положении произошли серьезные изменения.

Прежде всего речь идет о качественно новом этапе в развитии государственного законодательства, которое в это время, в отличие от предыдущих эпох, начало отчетливо ориентироваться на европейский опыт. В Османской империи это выразилось в реформах Танзимата, в результате которых было принято большое число правовых актов, представлявших собой причудливую смесь

выводов фикха с нормами европейского законодательства. Причем заимствованные решения, как правило, заметно преобладали над традиционными исламскими подходами.

Такая линия получила логическое завершение в Египте, который, формально оставаясь в составе Османской империи, еще 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. Так, в 1876 г. вошли в силу гражданский, торговый, уголовный, гражданско-процессуальный, торгово-процессуальный кодексы, а также кодекс морской торговли для смешанных судов (эти органы правосудия пришли на смену ранее действовавшим консульским судам). Причем 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.

Стоит отметить, что египетское законодательство для смешанных судов действовало вплоть до упразднения этих учреждений перед Второй мировой войной. Что же касается кодексов для национальных судов, то почти все они оставались в силе значительно дольше, причем некоторые из них — вплоть до третьего тысячелетия. Лишь новый уголовный кодекс был принят в 1937 г., а, например, национальный гражданский кодекс 1883 г. уступил место другому 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. Оно не сбрасывает со счетов тот факт, что указанный процесс не только был подготовлен предшествующей историей правового развития указанных стран, но и объяснялся особенностями самой 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.

Например, 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 застоєм. Усилия отдельных правоведов, стремившихся возродить иджитihad в XVII–XVIII вв., не могли серьезно изменить общую ситуацию и вдохнуть новую жизнь в исламское право, которое оказалось не в состоянии избавиться от пут прошлого. И 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 традиционная исламская правовая 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 место в них заняло заимствованное из Европы законодательство. Причем 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, существенно содействовало

переносу сюда 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.

Конечно, при оценке такого мнения надо не 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 такого вывода. Не отрицая фактора политического давления колониальных держав, надо признать, что рецепция европейского права рядом мусульманских стран в указанный исторический период выглядела достаточно естественно, прошла спокойно и не вызвала серьезных общественных потрясений. Такой ход событий лишь подтверждает корректность обоснования приведенных выше факторов, лежавших в основе восприятия отмеченными странами европейского правового опыта.

Но дело не ограничивалось действующим правом. Важно иметь в виду, что широкая рецепция европейского по содержанию законодательства непосредственно влияла на исламскую правовую мысль, которая оказалась вынуждена найти объяснение этому процессу и оценить его с позиций шариата и фикха. И формула, позволяющая соединить исламскую традицию с европейским подходом, была найдена. Отметим в этой связи, что османское законодательство, несмотря на глубокое влияние европейской практики, официально исходило из верховенства шариата. Иными словами, власть как бы освящала авторитетом шариата воспринимаемые правовые образцы, 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 в университет Аль-Азхар для оценки мусульманскими правоведами. Их вывод, который еще несколькими десятилетиями раньше был бы невероятным, в новую историческую эпоху звучал достаточно естественно. Авторитетные факихи пришли к выводу, что большинство норм принятого законодательства в той или иной форме уже зафиксировано различными толками фикха. Если же его отдельные положения 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 точных 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.

Но восприятие иностранного опыта в XIX в. отразилось на исламском праве не только в качестве внешнего фактора, который заставил его уступить многие свои позиции законодательству европейского образца и одновременно вынудил исламскую мысль искать теоретическое оправдание этого процесса в самом шариате. Продолжая действовать рядом с «импортированным» законодательством, само исламское право одновременно не могло не испытывать влияния европейской культуры. Можно согласиться с приведенным выше выводом Тарека Бишри о том, что в это время исламская и европейская правовые формы не были тесно увязаны между собой. Но нельзя не заметить, что обращение к европейскому опыту на деле серьезно модифицировало исламское право изнутри, радикально изменив его содержание и форму. В этом и 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, а значит — в принципиальном изменении характера источников исламского права. Самым ярким образцом нового облика исламского права стала уже упоминавшаяся Маджалла, принятая

в 1869–1876 гг. в Османской империи. По своему содержанию этот акт был сводом выводов фикха (преимущественно ханафитского толка) по имущественным, обязательственным и судебно-процедурным вопросам, а по форме — гражданским и гражданско-процессуальным кодексом в европейском понимании.

Следует подчеркнуть, что 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 не прямое официальное санкционирование норм определенной школы фикха. В частности, это достигалось 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. Так, 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 судов.

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 нормативно-правовому 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 *иджитхад* и оказался связанным положениями законодательства, закреплявшего выводы фикха. Поскольку, как уже отмечалось, даже заимство-

ванные из Европы акты исламская мысль была склонна оценивать как систематизацию фикха или, по крайней мере, как свод не противоречащих ему норм, толкование исламского права и применение выводов фикха оказались поставленными в зависимость от закона.

До принятия Маджаллы исламская мысль хотя бы теоретически исходила из верховенства шариата (практически фикха) по отношению к государству и позитивному законодательству. С введением в действие этого акта субординация между ними поменялась на прямо противоположную модель. 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 месте, отводимом иджтихаду, который приобрел иное значение и получил новую форму. Наряду с ролью 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.

2.2. 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 произошедший в XIX в. перелом, выразившийся в существенном сокращении рамок претворения исламского права, предопределяет его позиции и в современных правовых системах мусульманского мира. Конечно, этот вывод не распространяется в равной мере на все рассматриваемые страны. Более того, если до начала 70-х годов минувшего века масштабы действия исламского права сужались, то в последние десятилетия наблюдается обратная тенденция — усиление его позиций, исламизация правовых систем ряда регионов мусульманского мира, где оно играет сегодня даже более заметную роль, чем в Средние века. Исламское право, в частности, активно вторгается в уголовное законодательство и занимает все более прочные позиции в регулировании предпринимательства, являясь важнейшим элементом правовой основы — исламской экономики.

Исламское право играет далеко не одинаковую роль в современном правовом развитии мусульманского мира, которое отличается большим разнообразием. В то время как правовые системы одних стран берут за основу шариат, законодательство других по своему характеру практически целиком основано на европейских традициях. Но в любом случае 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 оно 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 такие страны региона Персидского залива и Аравийского полуострова, как Саудовская Аравия, Объединенные Арабские Эмираты, 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. Причем 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 образом в традиционной форме доктрины. Многие ключевые отрасли права в этой стране до сих пор не кодифицированы. Это относится прежде всего к таким элементам правовой системы, которые целиком ориентированы на нормы фикха. 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. В частности, провозглашая конституцией страны Коран и Сунну Пророка Мухаммада (ст. 1), он признает их источником выносимых в Королевстве фетв (ст. 45). Одновременно предусматривается, что государство отвечает за претворение шариата (ст. 23), а регламентарная власть принимает низамы в соответствии с предписаниями шариата (ст. 67).

Эти принципы положены в основу действующих в Саудовской Аравии нормативно-правовых актов. Так, низам о правосудии 2002 г. гласит, 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.

Важно иметь в виду, что в Саудовской Аравии принято немало законодательных актов (низамов), прямо основанных на положе-

ниях традиционного фикха 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 1980 г., низам о процедуре «байа» (избрания главы государства) 2007 г. Кроме того, банковская и страховая системы Королевства 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 здесь низама об уголовном процессе в отсутствие уголовного кодекса не должно удивлять.

В других странах данной группы центральное место исламского права в правовой системе также закреплено на конституционном уровне, хотя и в различной форме. Так, 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 получают детальное закрепление в текущем законодательстве, ориентирующем суд на преимущественное применение шариата. Так, закон ОАЭ о Верховном федеральном суде 1973 г. предусматривает, что данный судебный орган применяет нормы шариата, федеральное законодательство, принятые в отдельных эмиратах законы, соответствующие предписаниям шариата, и такие 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 поставлено в зависимость от их соответствия или, по крайней мере, непротиворечия шариату. Особая роль последнего в правовой системе этой страны была, в частности, 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 и 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 не имеющий аналогов в других мусульманских странах акт обязывает судью при толковании применяемого им 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 этой страны 1973 г. предусматривает, что все действующие законы должны быть приведены в соответствие с предписаниями ислама, закрепленными Кораном и Сунной Про-

рока, 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, а также 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 (например, 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 указанных странах наблюдается тенденция усиления роли исламского права на уровне правовой системы в целом. Показательным является пример Египта. В этой стране в мае 1980 г. в конституцию 1971 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 даже создана специальная комиссия для контроля за тем, чтобы ни один из принимаемых законов не противоречил принципам шариата.

Анализ современных правовых систем мусульманских стран с точки зрения влияния на них шариатского наследия ставит ряд вопросов, касающихся нынешнего состояния исламского права. В частности, для характеристики последнего важнейшее значение имеют те изменения, которые происходят в его форме и технико-юридическом содержании 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. Дело в том, что 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 точными 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 новой формой (юридическим источником) последнего 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 (например, Саудовской Аравии, Судана, Йемена, Пакистана или Ирана) исламское право продолжает оставаться ведущим элементом, определяющим их основополагающие начала и общую направленность. Такие системы сохраняют исламский правовой характер. Действующее здесь законодательство, которое прямо закрепляет институты и ведущие принципы мусульманского права, можно считать источником (внешней формой) последнего.

Однако 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 которого 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 нормативно-правовыми актами. Причем предусматривается, что в случае их молчания судья обращается к выводам определенного толка фикха. Учитывая это, данное законодательство следует рассматривать в качестве самостоятельной формы исламского права. При этом необходимо учитывать такой важный социально-психологический 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 в лучшем случае ведут от него свое

происхождение. 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 зависимости 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 очень часто теперь 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. Кстати, вопрос о позитивном (статутном) исламском праве явля-

ется ключевым для толкования и реализации предписаний конституций многих мусульманских стран, провозглашающих шариат или его принципы основным источником законодательства, и оказывается в центре широко обсуждаемой в указанных странах проблемы претворения шариата и кодификации фикха.

Становление современного исламского права ставит немало теоретических проблем, а также 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 особое значение приобретает учет в современном исламском праве неизменных и подвижных гибких положений, конкретных норм и общих принципов.

Наконец, немало теоретических споров вызывает вопрос о сочетании связанности государства императивными нормами фикха и возможности заимствования зарубежного опыта. Отметим в этой связи, что 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.

Итак, правовые системы современных мусульманских стран крайне разнообразны по той роли, которую играет в них исламское право: от ориентации на шариат (фикх) до модели, по сути, светского государства. Опыт правового развития данного региона актуален для изучения различных моделей сочетания в исламе религиозного и юридического начал, между которыми 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 целого ряда стран, в том числе и для России.

2.3. ШАРИАТ КАК ИСТОЧНИК ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА: КОНСТИТУЦИОННАЯ ТЕОРИЯ И ПРАКТИКА АРАБСКИХ СТРАН

Как уже отмечалось, во многих арабских странах с 70-х годов прошлого века позиции исламского права усилились, что в значительной степени связано с конституционным закреплением статуса ислама в качестве государственной религии и признанием шариата источником законодательства.

Конституционные акты подавляющего большинства указанных стран объявляют ислам государственной религией. Отклонений от этого правила не так много. Самым заметным исключением является конституция Ливана 1926 г., поскольку еще до недавнего времени население данной страны делилось почти поровну на мусульман и христиан. Правда, в последние десятилетия доля мусульман (прежде всего шиитов) существенно возросла, однако здесь до сих пор сохраняется действие Национального пакта, предусматривающего распределение ключевых государственных постов в определенной пропорции между представителями различных религий. Такая специфика конфессиональной карты, политической системы и основ формирования органов государственной власти Ливана предопределяет отсутствие указания на ислам в конституции страны.

Очевидно, особенности исторического развития, религиозного состава населения, характер политического режима объясняют и тот факт, что конституция Сирии 1973 г. также не объявляет ислам государственной религией, а вместо этого предусматривает, что ислам является религией президента республики.

Отметим также конституцию Союза Коморских Островов 2002 г., которая в своей преамбуле ссылается на ислам, но формально не закрепляет его статус в качестве государственной религии.

Специфическая ситуация сложилась в Ливии. Спустя три месяца после свержения монархии в сентябре 1969 г. здесь была принята Конституционная декларация, которая провозглашала ислам

государственной религией. Однако в 1977 г. этот акт уступил место так называемой Декларации об установлении власти народа. В ее преамбуле говорится, что ливийский народ обращается за помощью к Аллаху и придерживается Его Благородной Книги (Корана) в качестве источника единственно правильного пути. Но в прямой форме указанный документ не объявляет ислам государственной религией.

Наконец, обращает на себя внимание конституция Исламской Республики Мавритания 1991 г., которая называет ислам религией не только государства, но и народа.

Следует иметь в виду, что конституции приблизительно половины арабских стран (например, Алжира, Марокко, Иордании, Туниса) ограничиваются провозглашением ислама государственной религией и ничего не говорят о шариате. По этому вопросу арабские правоведы высказывают различные точки зрения. Наметились два основных подхода. Сторонником первого является, например, известный египетский ученый Авад Мухаммад Авад. По его мнению, положение конституции о государственном характере ислама лишено юридического смысла и, по существу, лишь означает, что большинство граждан данного государства исповедует ислам, признаваемый в таком качестве государством.

Недостаток данного предписания, полагает он, заключается в игнорировании особенностей ислама, который является не просто религией и определенным образом мысли, но и выступает в виде системы правовых норм. Указанное же конституционное положение, считает Авад Мухаммад Авад, искусственно отрывает догматические основы и культовые нормы ислама от юридических правил поведения, что не соответствует его природе как универсальной системе социального регулирования. Поэтому конституционная формула, закрепляющая лишь государственный характер ислама, провозглашает лишенный правового содержания лозунг, поскольку сама по себе не обязывает государство брать шариат за основу при подготовке законодательных актов. В итоге там, где конституция не идет дальше объявления ислама государственной религией, правотворческий процесс вполне естественно не ориентируется на

соответствие принимаемых законов шариатским критериям. Если отдельные акты и совпадают с ними, то это происходит стихийно, а не в результате проведения целенаправленной правовой политики, имеющей в виду исламизацию действующего законодательства.

Некоторые арабские правоведы придерживаются иного толкования положения конституции о государственном характере ислама. Так, сирийский специалист по конституционному праву Жорж Джаббур утверждает, что указанная норма логически предполагает признание шариата источником законодательства. Особое закрепление данного статуса шариата излишне, если конституция уже придала исламу государственный характер. Иначе говоря, по мнению ученого, оба конституционных положения совпадают по смыслу и являются взаимозаменяемыми относительно роли шариата как источника законодательства.

Близкую позицию занимает и известный египетский правовед Али Али Мансур, который трактовал закрепление в конституции Египта 1964 г. государственного характера ислама в качестве признания верховенства шариата по отношению к принимаемым государством законам.

Следует отметить, что такую точку зрения не разделяют большинство арабских ученых-юристов. Они полагают, что возрождение исламских юридических норм в качестве стержня действующего права предполагает прежде всего конституционное признание исламизации правовой системы главной целью государственной политики в форме закрепления статуса шариата как источника законодательства. Простое провозглашение ислама государственной религией, на их взгляд, эту задачу не решает.

Отметим в этой связи, что в настоящее время конституции примерно половины арабских стран предусматривают, что шариат или фикх являются источником законодательства. Впервые об этом говорилось в сирийской конституции 1950 г., а затем указанное положение было воспринято основным законом Кувейта 1962 г. С начала 70-х годов минувшего столетия шариат был объявлен источником законодательства конституциями и ряда других арабских стран.

Важно иметь в виду, что в формах закрепления этого положения наблюдаются большие расхождения, которые порой приобретают принципиальное юридическое значение. Так, особенностью действующей конституции Сирии 1973 г. является то, что только в ней основным источником законодательства назван фикх. По свидетельству Жоржа Джаббура, придание конституциями Сирии 1950 и 1973 гг. фикху статуса основного источника законодательства не имело буквального значения, а рассматривалось как альтернатива закреплению государственного характера ислама, поскольку последний принцип не отличается смысловой однозначностью. Справедливость такой оценки подтверждается тем, что указанная конституционная норма до сих пор остается простой декларацией и не влияет сколько-нибудь серьезно на правовую систему Сирии, развитие которой, наоборот, продолжает идти путем заимствования западных моделей законодательства.

В отличие от основного закона Сирии конституции большинства других стран за небольшим исключением отводят роль источника законодательства не фикху, а шариату. Но делается это неодинаково. В частности, основные законы Бахрейна 2002 г., Катара 2004 г., Кувейта 1962 г., ОАЭ 1971 г. (в 1996 г. после внесения небольших изменений основной закон был объявлен постоянной конституцией страны) предусматривают, что исламский шариат является основным источником законодательства. Причем в оригинальных арабских текстах указанных актов слова «основной источник» употребляются без определенного артикля. Данная формула, как правило, толкуется таким образом, что в соответствующих статьях конституции речь идет о признании шариата не единственным и даже не главным, а лишь одним из тех источников законодательства, которые отнесены к основным.

Например, в Пояснительной записке к конституции Кувейта специально подчеркивается, что под шариатом, по сути, подразумевается фикх, которому и отводится роль основного источника законодательства. При этом законодатель должен ориентироваться на фикх как приоритетный источник. Однако это не мешает ему при формулировании норм обращаться к другим источникам

в поиске решения вопросов, по которым фикх не разработал собственных правил. Более того, такое вполне возможно при разработке законодательства, если использование иных, кроме шариата, источников вызывается потребностями естественного исторического развития. Например, данная конституционная формулировка позволяет использовать образцы современного уголовного законодательства даже при наличии в шариате точно установленных санкций за отдельные преступления. Такое нельзя предположить, если в конституции термин «основной источник» используется с определенным артиклем. Ведь подобная формулировка означает невозможность обращаться к какому-либо другому источнику по любому вопросу, по которому шариат предлагает готовую альтернативную норму. А это, в свою очередь, может создать для законодателя большие сложности в том случае, когда практическая целесообразность заставляет его повременить с обязательным следованием выводам фикха по определенным вопросам. Например, это касается корпоративного законодательства или введения правовых норм в области страхования, банковской деятельности, кредитных отношений, уголовной ответственности за те преступления, санкции за которые в однозначной форме установлены в шариате, и т. п.

При этом, подчеркивается в документе, предусмотренная кувейтской конституцией формулировка абсолютно открыто и недвусмысленно обязывает законодателя обращаться к нормам исламского шариата в той мере, в какой это возможно. Вместе с тем она не препятствует тому, чтобы включить в действующую правовую систему шариатские нормы по всем вопросам тогда, когда законодатель сочтет это необходимым. Отметим, что в Кувейте с начала 90-х годов истекшего века при Эмире страны действует Высшая консультативная комиссия по окончательному претворению норм шариата. Однако разработанные ею проекты по приведению законодательства в соответствие с шариатом до сих пор не получили официального признания.

Если в конституциях указанных странах Персидского залива при закреплении статуса шариата слова «основной источник»

употребляются грамматически в неопределенном состоянии, то основные законы ряда других государств используют данный термин с определенным артиклем либо включают формулировки, которые позволяют трактовать шариат в качестве главного, ведущего и даже единственного источника законодательства. Например, Основной низам (закон) Султаната Оман 1996 г. признает шариат основой законодательства. Конституция Ирака 2005 г. содержит точно такую же формулировку и одновременно предусматривает, что ни один закон не может противоречить неизменным нормам ислама. Понятно, что применительно к законодательству это означает признание за шариатом статуса его главного источника.

Близкое по смыслу положение закрепляет конституция Йемена 1991 г. (с последующими дополнениями и изменениями), которая провозглашает исламский шариат источником всего законодательства без указания на то, что речь идет об основном или главном источнике. В подобном ключе можно понимать предписания конституционных актов Сомали. Конституция этой страны 1979 г. ограничивается закреплением государственного характера ислама, но Переходная Национальная Хартия Сомали 2000 г. наряду с этим принципом предусматривает, что исламский шариат выступает основным источником национального законодательства, причем слова «основной источник» употребляются с определенным артиклем.

Стоит также отметить конституцию Исламской Республики Мавритания 1991 г., в преамбуле которой подчеркивается, что нормы исламской религии — единственный источник закона, отвечающий потребностям современного мира.

Закрепление конституционного статуса шариата в Судане и Саудовской Аравии существенно отличается от практики других арабских стран. В первой из названных стран такая специфика объясняется тем, что на юге Судана проживают преимущественно немусульмане, которые резко негативно воспринимали распространение на данный регион введенного в действие в начале 80-х годов прошлого века законодательства, основанного на шариате. С учетом такого отрицательного опыта переходная конституция

Судана 2005 г. предусматривает, что исламский шариат и иджма (консенсус) являются источником законодательства, которое принимается на общенациональном уровне и реализуется в северных провинциях страны. Что же касается законодательства, которое применяется на юге страны, то его источником объявлены «взаимное согласие народа», ценности и обычаи суданского народа, его традиции и религиозные верования, которые принимают во внимание этническое и религиозное разнообразие Судана.

Нормативно закреплённый статус шариата в Саудовской Аравии резко контрастирует с опытом всех остальных арабских стран. Здесь роль конституции выполняет Основной низам (регламент) о власти 1992 г. Такое наименование документа объясняется тем, что в Королевстве официально не используются термины «закон» и «законодатель», поскольку истинным законом признается только шариат, а законодателем — Аллах. Поэтому государство обладает не законодательными, а лишь регламентарными полномочиями в рамках шариата. Отсюда понятно, почему принимаемые в стране нормативно-правовые акты носят название низамов — регламентов.

В Основном низаме о власти Саудовской Аравии говорится, что Коран и Сунна Пророка Мухаммада стоят выше всех низамов, включая и сам этот акт (ст. 7). Установлено, что все низамы принимаются в соответствии с предписаниями шариата (ст. 67). Источниками всех выносимых фетв объявлены Коран и Сунна (ст. 45). При рассмотрении дел суды Королевства применяют нормы шариата согласно Корану и Сунне, а также низамы, которые не противоречат шариату (ст. 48). Указанный конституционный акт упоминает солидарную ответственность Совета министров и всех его членов за претворение шариата и низамов (ст. 57). Такие предписания позволяют сделать вывод о том, что в Саудовской Аравии закреплён принцип верховенства шариата по отношению к действующему в стране законодательству, источником которого он сам и является.

Следует подчеркнуть, что предусмотренные в саудовском Основном низаме положения относительно шариата характеризуют

реальное содержание правовой системы Королевства, которая на самом деле ориентируется на шариат как на свой главный источник и критерий допустимости принятия любых нормативно-правовых актов. Что же касается других рассматриваемых стран, то закрепленный их конституциями статус шариата как основного источника законодательства отнюдь не всегда точно отражает ту роль, которую играют нормы шариата в правовой системе. Во всяком случае, отнюдь не везде эти предписания составляют стержень позитивного права. Так, Судан и Йемен относятся к тем странам, правовые системы которых действительно в наибольшей степени испытывают влияние шариата. Но по этому признаку в одном ряду с ними стоят ОАЭ и Катар. В то же время право Кувейта и Бахрейна включает немало законодательных актов, которые вступают в прямое противоречие с шариатом. При этом, как уже отмечалось, конституции всех указанных четырех стран Персидского залива закрепляют статус шариата в одинаковой форме, используя термин «основной источник» в неопределенном состоянии.

Отметим также, что вопреки положениям конституций, которые формально признают шариат основой законодательства, правовые системы Ирака и Омана включают немало актов, вступающих с ним в противоречие.

Иначе говоря, между конкретной формой конституционного закрепления статуса шариата как основного источника или основы законодательства и реальным местом шариатских норм в правовой системе нет прямой жесткой зависимости. Но это не значит, что при установлении в основном законе соотношения между шариатом и законодательством использованию термина «основной источник» в неопределенном состоянии или с определенным артиклем не придается юридического значения.

О том, какой принципиальный смысл может иметь этот нюанс, свидетельствует опыт Египта, где с середины 60-х годов истекшего столетия неоднократно создавались специальные комиссии для формулирования принципов шариата и систематизации его норм, которые должны быть положены в основу действующего в стране законодательства. Еще в 1966 г. при Высшем совете по исламским

делам была образована исследовательская комиссия по установлению принципов шариата. Она подготовила ряд научных трудов, посвященных вопросам кодификации фикха. В 1970 г. Центр исламских исследований Аль-Азхара, который является крупнейшим в мусульманском мире исламским образовательным и исследовательским комплексом, сформировал комиссию по систематизации шариата. Результатом ее деятельности явилась публикация книг, представляющих собой доктринальную кодификацию норм фикха относительно договора купли-продажи по четырем суннитским толкам: маликитскому, ханафитскому, шафиитскому и ханбалитскому.

В сентябре 1971 г. вступила в силу новая конституция Египта, которая впервые в истории страны провозгласила принципы шариата основным источником (без определенного артикля) законодательства. Во исполнение этой нормы в 1972 г. в состав законодательной комиссии Народного собрания (парламента) были введены три знатока шариата и фикха из крупнейшего мусульманского университета Аль-Азхар. Предполагалось, что они будут осуществлять контроль соответствия всех разрабатываемых парламентом законопроектов принципам шариата.

Однако в течение ряда лет эти нововведения никак не отражались на состоянии египетского права, чему способствовало и своеобразное узкое толкование указанной конституционной нормы правовой доктриной. Характерна в этом отношении позиция известного египетского правоведа и публициста Гамалья аль-Отейфи, который обращал внимание на то, что «следование принципам шариата не означает отказа от обращения к источникам мировой правовой мысли или установления ограничений на использование современной методологии при формулировании правовых норм, отсутствующих в трудах мусульманских юристов».

Египетский ученый отмечал, что большинство современных законов не отходит далеко от шариата и фикха, если брать в расчет все его разнообразные толки. В частности, уголовное исламское право дает возможность принимать любые законы по не урегулированным Кораном и Сунной вопросам. Причем даже при нали-

чии в этих источниках соответствующих предписаний допустимо в отдельных случаях вводить нормы, расходящиеся с положениями классического шариата. «Что же касается другого законодательства, отвечающего интересам и потребностям современного развития, содержание которого нельзя заимствовать из традиционного фикха, то достаточно, чтобы оно не противоречило принципам шариата».

Ранее близких взглядов придерживались и другие правоведы. Например, Сулейман Мухаммад ат-Тамави отмечал, что большинство современных законодательных актов не противоречат методологии рационального формулирования правовых норм, принятой в шариате. Декан факультета шариата Каирского университета Мухаммад Салам Мадкур обращал внимание на то, что лишь ничтожная часть действующего в Египте законодательства идет вразрез с духом шариата. Поэтому данная коллизия может быть легко устранена. В наиболее четкой форме данную точку зрения выразил Шафик Шихата: «Следует избегать предположения о наличии противоречий между общими принципами позитивного права и шариата».

Подобный подход перекликался с официальной позицией египетских властей, которые в 70-х годах прошлого века вкладывали в конституционное положение относительно статуса принципов шариата как основного источника законодательства узкий смысл и не были склонны к серьезным реформам правовой системы.

В отличие от Египта в некоторых других арабских странах в это же время шариату стала отводиться принципиально иная роль. В частности, в октябре 1971 г. Совет революционного командования Ливии принял решение, согласно которому шариат провозглашался основным источником законодательства и все вновь издаваемые акты должны были соответствовать его общим принципам. Одновременно предусматривалось создание специальных комиссий для пересмотра всего ранее принятого законодательства и приведения его в соответствие с шариатом. Результатом их работы стало принятие в 1971–1974 гг. ряда законов, в частности о закяте, о запрете ростовщичества, о рйсковых обязательствах,

а также о наказании за кражу и разбой, прелюбодеяние, ложное обвинение в нем и употребление спиртных напитков по нормам шариата. Курс на кодификацию норм шариата подтвердила и принятая в Ливии в марте 1977 г. Декларация об установлении власти народа, которая, как уже отмечалось, объявила Коран законом общества.

С середины 70-х годов в Египте также наметились изменения в подходе к статусу шариата. В 1975 г. министр юстиции принял решение о создании Высшей комиссии по совершенствованию законодательства на основе норм шариата. Имея официальный статус, она действовала до середины 1978 г. и подготовила ряд законопроектов для Народного собрания, которое в декабре того же года сформировало специальную комиссию по кодификации норм шариата, что отразило намерение властей готовить почву для превращения таких норм в действующее право. Решающим шагом в этом направлении явился проведенный в мае 1980 г. референдум по изменению и дополнению египетской конституции. По его итогам в ст. 2 основного закона к словам «основной источник» был добавлен определенный артикль, что придало принципам шариата значение не просто важного, а главного источника законодательства. Начал действовать Консультативный совет, в задачу которого, помимо прочего, входит разработка мер, необходимых для реализации скорректированного таким образом конституционного положения. В соответствии с ним к лету 1982 г. указанная комиссия внесла на рассмотрение Народного собрания проекты гражданского, уголовного, торгового кодекса и закона о морской торговле, а в 1986 г. — проект процессуального кодекса. В 1990 г. первым из них был одобрен парламентом и вступил в силу закон о морской торговле, а в начале третьего тысячелетия — и торговый кодекс.

Все вышесказанное убеждает, что если раньше официальное закрепление принципов шариата в качестве основного источника законодательства нередко использовалось лишь для формального подтверждения соответствия им рецепированных актов, то в настоящее время это конституционное положение толкуется

и применяется на практике иначе. Оно служит основанием для пересмотра действующего законодательства с позиций более или менее последовательного возврата к шариату не только по форме, но и по содержанию. При этом широкое распространение получает тезис о том, что истинно мусульманским может считаться лишь такое государство, чья правовая система опирается не просто на общие исламские критерии, а на конкретные нормы шариата, которые должны лежать в основе правовой политики государства.

Не случайно поэтому вновь на первый план вышли концепции о превосходстве шариата, его пригодности для регулирования современных общественных отношений. Например, известный египетский правовед Абдалла Мурси на основе сравнения шариата с позитивным правом приходит к выводу, что шариат с самого начала являлся идеальной и законченной системой. Он и сейчас выступает «мировым правом», пригодным для всех народов, для любых исторических и социальных условий. Только в наши дни современные правовые системы и теории приближаются к тому, чего уже тринадцать с лишним веков назад достиг не знающий пробелов и неизменный шариат.

Тезис о беспробельности шариата и его превосходстве над современным правом, а также проблема его соотношения с действующим законодательством приобретают ключевое значение для толкования положений конституций относительно признания шариата основным источником законодательства. Особое внимание при этом уделяется вопросу о том, о каком источнике идет речь. Арабские исследователи высказывают различные точки зрения на данный предмет. Некоторые из них склонны считать шариат или его принципы формальным источником права.

Такова позиция, например, Али Али Мансура, который был назначен председателем комиссии по пересмотру ливийского законодательства в духе принципов шариата. Еще в конце 60-х годов он подчеркивал, что шариат продолжает играть роль «верховой конституции» по отношению к текущему законодательству.

Обосновывая свой вывод, Али Али Мансур напоминает, что при подготовке в Египте гражданского, торгового, морского и процес-

суального законодательства для смешанных (1875) и национальных судов (1883) проекты соответствующих кодексов, разработанные на основе заимствования французских образцов, были направлены на заключение в Аль-Азхар. Комиссия из ведущих знатоков шариата указала, что данные акты соответствуют выводам одного из суннитских толков фикха либо в крайнем случае не противоречат им. Они могут рассматриваться как такие нормы, которые введены для обеспечения «общей пользы» мусульман на основе «исключительных интересов» — одного из признаваемых источников фикха. В этом смысле, по мнению комиссии, законодатель не игнорировал шариат и не заимствовал акты, противоречащие ему. Его цель состояла лишь в систематизации уже действовавших норм с целью облегчения труда судей и точного соблюдения законодательства мусульманами. Причем ни один из принятых в то время кодексов не предусматривал прямого отказа от применения норм шариата. Поэтому, считает Али Али Мансур, большая часть действующего законодательства соответствует этим принципам и является не чем иным, как их систематизацией, кодификацией норм фикха. Любой нормативно-правовой акт, противоречащий указанным принципам, является неконституционным и не должен применяться судьей. В случае молчания закона надлежит обращаться к шариату. «Если же египетский законодатель по ошибке введет норму, противоречащую положениям мусульманской религии или шариата, то судья не должен ее применять».

Во многом сходную концепцию развивает и Мухаммад Абдель Латиф Мухаммад Абдалла. Он считает, что «мусульманский судья должен уклоняться от применения закона, нормы которого противоречат предписаниям Аллаха, не вмешиваясь при этом в вопросы политики». Судья, пишет ученый, оказывается в сложном положении, сталкиваясь с законом, противоречащим шариату (например допускающим ростовщичество или употребление спиртных напитков). Однако свой отказ от применения такой нормы он может обосновать ссылкой на конституцию, которая признает государственной характер ислама, а значит — исходит из верховенства шариата. «Если конституция гласит, что ислам — государственная

религия, то судье надлежит сделать выбор между государственной властью, игнорирующей ислам, и волей Аллаха. Решение судьи очевидно, поскольку он поставлен перед выбором между правом и бесправием, Аллахом и дьяволом».

Конечно, судья не вправе отменить неконституционный закон, что является функцией законодателя, но вместе с тем не может и нарушать волю Аллаха ради формального соблюдения акта, который ниже шариата по юридической силе. «На нынешнем этапе судья обязан анализировать каждый принятый государством закон. Если он соответствует положениям шариата, согласуется с его основными принципами и духом, то должен применяться. Что же касается тех законов, которые противоречат исламу, то они не имеют юридической силы... Мы призываем судей во всех странах немедленно приступить на деле к претворению норм своей религии в указанном духе, не дожидаясь кодификации норм шариата».

Однако, на взгляд большинства арабских исследователей, закрепление конституцией шариата в качестве основного источника законодательства не превращает его в формальный источник права. Они полагают, что в данном случае речь идет о признании за ним силы исторического (материального) источника. «Конституция, — пишет Ахмад Шараф ад-Дин, — превращает фикх лишь в материальный или исторический источник законодательства наряду с другими и не признает за ним значения формального источника правовых норм вообще». Поэтому данное положение конституции обращено не к судье, а к законодателю, который должен при подготовке закона искать соответствующие нормы в шариате. Иная постановка вопроса, по мысли автора, могла бы привести к выводу о неконституционности ряда законов, в частности гражданского кодекса, многие нормы которого заимствованы из зарубежного опыта и не соответствуют шариату.

Близкой позиции придерживается и Авад Мухаммад Авад. Он подчеркивает, что указанное конституционное положение не придает нормам шариата самостоятельной юридической силы. В силу этого и после закрепления в конституции соответствующей нормы положения шариата продолжают являться не чем иным, как

религиозными нормами, и станут юридически обязательными только в том случае, если будут включены в законодательство. Иначе говоря, данная конституционная норма адресована законодателю, а не судье. Поэтому шариат выступает лишь одним из материальных источников права.

Сторонники данной концепции полагают, что реализация конституционного положения, признающего за шариатом качество основного источника законодательства, означает в первую очередь кодификацию фикха, т. е. принятие нормативных актов, закрепляющих его основные принципы и точно установленные неизменные нормы шариата. Правда, как отмечает Мухаммад Абдель Латиф Мухаммад Абдалла, есть два взгляда на эту проблему. Одни юристы считают, что нет необходимости в закреплении указанных норм в законодательстве, поскольку судья может обращаться к ним непосредственно, прямо ссылаясь в своих решениях на Коран, Сунну или другие источники — «корни» фикха. Другие ученые видят смысл кодификации норм шариата в облегчении их применения судьей. Правда, это будет означать установление единообразных точных норм, что не совпадает с основополагающей идеей фикха, допускающей различные взгляды по одному вопросу. Поэтому при закреплении в законе конкретной исламской нормы следует дать развернутое ее толкование, указав источник, основания выбора именно данного правила среди множества возможных.

При кодификации возникает также принципиальный вопрос об использовании других материальных источников, поскольку конституция объявляет шариат основным (главным), но все же не единственным источником законодательства. Иными словами, речь идет о том, можно ли найти в шариате правило поведения по любому вопросу для включения его в принимаемый закон или же допускается обращение и к другим источникам. Данный вопрос связан с определением рамок нормативного регулирования в шариате.

Авад Мухаммад Авад обращает внимание на то, что большинство правоведов рассматривают шариат в качестве системы, вклю-

чающей нормы по любым случаям. Поэтому, если учитывать выводы всех толков фикха, он может выступать не основным и даже не главным, а единственным источником законодательства. При этом имеются в виду нормы, сформулированные фикх-доктриной на основе не только Корана и Сунны, но и других, рациональных, источников. Однако сам автор склоняется к выводу, что при применении данного конституционного положения речь должна идти об обязанности законодателя принимать во внимание лишь общие принципы фикха, а также те его конкретные нормы, которые однозначно установлены Кораном и Сунной. Именно эти принципы и нормы могут быть признаны неизменными, абсолютно правильными и непогрешимыми, а потому обязательными для законодателя. «Конституционное закрепление шариата в качестве источника законодательства имеет в виду совокупность норм, содержащихся в Коране и Сунне. Если же законодатель не находит в этих источниках нужную норму, он вправе обратиться к другим источникам. В этом смысле шариат не поглощает собой всех источников законодательства, но идет впереди них в качестве ведущего источника». Поэтому главная задача состоит в обязательном включении в законодательство указанных принципов и норм. По остальным же вопросам законодатель вправе использовать любые другие источники, прежде всего выводы различных школ фикха, не ограничиваясь какой-либо одной из них.

Анализ судебной практики ряда арабских стран также свидетельствует о том, что конституционное признание шариата основным источником законодательства, как правило, официально толкуется в качестве придания шариату значения лишь материального (исторического), а не формального (юридического) источника права. Для подтверждения этого вывода обратимся к опыту ОАЭ и Египта.

В январе 1980 г. апелляционный суд ОАЭ рассмотрел жалобу прокурора на решение одного из уголовных судов, который приговорил лицо, сознавшееся в употреблении спиртных напитков, к телесному наказанию в соответствии с шариатом. При этом уголовный суд ссылаясь на ст. 75 закона № 10 от 1973 г. о Верховном

федеральном суде, в соответствии с которым последний должен применять нормы шариата, а также на федеральное законодательство и законы эмиратов — субъектов федерации при условии их непротиворечия нормам шариата. На этом основании уголовный суд пришел к выводу о том, что по делу об употреблении спиртных напитков он должен применить норму шариата, а не положения закона № 8 от 1976 г. об алкогольных напитках, который за указанное преступление предусматривает применение санкции, не соответствующей шариату. С таким приговором не согласился прокурор, который обжаловал его в апелляционном суде, требуя применения по указанному делу не нормы шариата, а положений упомянутого закона.

Свою позицию прокурор обосновывал тем, что по решению главы государства суды вправе применять нормы шариата только за убийство, прелюбодеяние, изнасилование, гомосексуализм и кражу. Употребление же спиртных напитков должно наказываться по указанному выше специальному закону 1976 г. При этом уголовный суд может применять только законодательство и не вправе выносить решения на основе других источников.

При рассмотрении жалобы апелляционный суд напомнил, что ст. 8 закона № 6 от 1978 г. о создании федеральных судов предусматривает применение данными органами норм шариата, федерального законодательства, законов субъектов федерации, а также обычаев и общих правовых принципов, не противоречащих нормам шариата. В силу этого суды ОАЭ в принципе вправе выносить решения на основе шариата. Но при наличии соответствующего положения в законе суд обязан применять именно его, а не нормы шариата.

Вместе с тем апелляционный суд обратился в Верховный федеральный суд с просьбой рассмотреть вопрос о конституционности закона № 8 от 1976 г. об алкогольных напитках, противоречащего шариату. Было признано, что для общих судов основным источником права является действующее законодательство, даже если оно формально не соответствует нормам шариата. Вопрос же о его отмене и приведении в соответствие с шариатом, как того требует

конституция, должен решаться органами конституционного контроля и законодателем.

В еще более четкой форме данный принцип получил отражение в решении конституционной палаты Верховного федерального суда, которая в июне 1981 г. рассматривала вопрос о конституционности ст. 61 и 62 гражданско-процессуального кодекса Абу-Даби (закона № 3 от 1970 г.), допускающих уплату процентов при погашении займа, что формально противоречит нормам шариата. Орган конституционного контроля указал, что оценка степени соответствия действующего законодательства шариату не входит в компетенцию общего суда, а принятие новых законов взамен противоречащих конституции, в том числе и норме о признании шариата основным источником законодательства, является исключительной прерогативой законодателя. Поэтому все законы, вступившие в силу до принятия конституции 1971 г. (к ним относится и указанный кодекс), подлежат соблюдению до их официальной отмены или изменения. Было отмечено, что в ОАЭ созданы комиссии, ведущие подготовку новых правовых актов на основе шариата. Однако до окончания этой работы, согласно ст. 148 конституции, все ранее принятое законодательство является конституционным и обязательным к применению судами.

И в дальнейшем Верховный федеральный суд ОАЭ неоднократно принимал решения, подтверждающие указанную позицию.

Аналогичную позицию занимает и Верховный конституционный суд Египта. В частности, рассматривая иск об обоснованности требования уплатить проценты за просрочку предоставления средств на содержание семьи, орган конституционного контроля отметил, что такой порядок установлен ст. 226 гражданского кодекса 1948 г., который вступил в силу задолго до принятия конституции 1971 г. На этом основании получение процентов нельзя считать неконституционным, хотя оно и запрещено шариатом, принципы которого конституция объявила главным источником законодательства лишь в 1980 г. Поэтому и указанная статья кодекса является конституционной.

Сходные аргументы Верховный конституционный суд привел и при решении вопроса о конституционности ст. 317 уголовного кодекса Египта 1937 г., согласно которой за хищение полагается лишение свободы. Отмечалось, что такая санкция действительно не соответствует шариату, предусматривающему за данное преступление отсечение руки. Поэтому она формально противоречит конституционному положению о признании принципов шариата главным источником законодательства. Суд, однако, обратил внимание на два обстоятельства. Во-первых, подчеркивалось, что указанная статья конституции не распространяется на ранее принятое законодательство (к нему относится и уголовный кодекс), которое даже в случае расхождения с нормами шариата является конституционным и подлежащим применению судами. Во-вторых, орган конституционного контроля заявил, что положение конституции о статусе принципов шариата как главного источника законодательства адресовано только законодателю, который обязан учитывать содержащееся в нем ограничение в своей последующей нормотворческой деятельности, и не может быть для суда основанием отказа применить какую-либо статью действующего закона.

За прошедшие годы после изменения египетской конституции в 1980 г. и признания принципов шариата главным источником законодательства Верховный конституционный суд Египта вынес несколько десятков решений, в которых практически дословно повторялась приведенная выше аргументация.

Данные примеры убеждают в том, что провозглашение конституциями ряда арабских стран шариата основным (главным) источником законодательства на практике само по себе не означает превращения его в формальный источник права, юридически стоящий выше законодательства и, в частности, конституции. Указанная конституционная формула придает шариату статус материального (исторического) источника, который должен приниматься во внимание компетентными государственными органами при подготовке нормативно-правовых актов.

Такое понимание принципов как основного источника законодательства закреплено и в новой конституции Египта, одобренной

на всеобщем референдуме и официально опубликованной 25 декабря 2012 г. В ее ст. 2, как и в ранее действовавшей конституции, говорится, что принципы шариата являются главным, ведущим источником (с определенным артиклем) законодательства. При этом поясняется, что имеется в виду под указанными принципами. Показательно, что указанная конституция 2012 г. в обобщенном виде воспроизводит формулировку, выработанную Верховным судом Египта в решениях о толковании сходного положения ранее действовавшего основного закона. Так, ст. 219 конституции предусматривает, что принципы шариата включают его сводные источники, общие основы и принципы фикха.

ИСЛАМСКАЯ И ЕВРОПЕЙСКАЯ ПРАВОВЫЕ КУЛЬТУРЫ: ВЗАИМОДЕЙСТВИЕ И ПРОТИВОСТОЯНИЕ

3.1. РЕЛИГИОЗНЫЕ ФАКТОРЫ ВЗАИМОДЕЙСТВИЯ

Для исламского права всегда было характерно взаимодействие и сосуществование с другими правовыми культурами. Его достаточная гибкость проявлялась не только в многовековой эволюции его собственного содержания, но и в способности находить точки соприкосновения с другими правовыми системами. Этот процесс носил взаимообразный характер. В частности, начиная с середины XIX в. исламское право вступило в период реформ, которые проходили под прямым влиянием европейской правовой традиции. Заимствование в этот период рядом арабских стран европейских правовых моделей было подготовлено всей предшествующей историей развития их правовых систем, а также объяснялось особенностями самого исламского права, открытого к восприятию чужого опыта. В свою очередь, европейское право на протяжении столетий обогащалось достижениями шариата. Достаточно назвать такие правовые институты, как вексель, перевод долга, морская авария или правовое положение военнопленных.

Исламские и европейские юридические институты несравненно активнее контактируют друг с другом в современных мусульманских странах. В результате к настоящему времени в подавляющем большинстве из них сложились правовые системы, которые включают элементы данных правовых культур в их единстве, вза-

имопроникновении или конкуренции. При этом в тесном взаимодействии с европейской правовой культурой ярко проявляются характерные черты исламского права как юридического явления и самостоятельной правовой системы.

Естественно, речь идет не о слепом заимствовании. Несмотря на широкое использование опыта иных правовых культур и международных стандартов, которые в решающей степени формируются под воздействием западной цивилизации, современное исламское право и в эпоху глобализации развивается на собственной основе. И сегодня оно сохраняет ключевые признаки своей самобытности. Главный из них заключается в том, что исламское право остается тесно связанным с исламом как религией. Именно соотношение религиозного и юридического начал в исламском праве во многом предопределяет характер его влияния на различные сегменты современных правовых систем мусульманских стран, объясняет специфику его связей с европейской правовой культурой, для которых характерно как позитивное взаимное дополнение, так и противостояние.

Разумеется, преобладание той или другой из этих конкурирующих тенденций в существенной мере зависит от общей направленности правовой системы конкретной мусульманской страны, ее ориентации на шариат или на европейские модели. Поэтому едва ли возможно предложить одну универсальную модель взаимосвязей указанных культур, подходящую в равной степени для всех рассматриваемых правовых систем. Вместе с тем общим для них является то, что характер и результаты взаимовлияния исламской и европейской правовых традиций определяются прежде всего соотношением двух тесно связанных между собой факторов — степенью близости регулируемых правом ситуаций к религиозно-этическим предписаниям шариата и наличием или отсутствием в Коране и Сунне (шариате) точных детальных положений, касающихся тех или иных юридических вопросов.

Кроме того, нельзя не заметить, что указанные правовые культуры эффективнее взаимодействуют в тех областях, где исламская мысль более последовательно отстаивает правовые начала. Правда,

степень приближения к правовым критериям, в свою очередь, прямо зависит от того, насколько подробно регулирует шариат (а значит — религиозные предписания) те или иные стороны поведения людей. Чем детальнее исламские религиозные нормы вторгаются в общественные связи, тем менее заметную роль в них играет исламское право как юридическое явление. И наоборот, в тех областях, где Коран и сунна Пророка ограничиваются самыми общими предписаниями, а детальные правила поведения сформулировал фикх, исламское право проявляет себя значительно более активно.

Конечно, как уже подчеркивалось, исламская мысль рассматривает все выводы (в том числе правовые) фикха как осмысление шариата, его религиозно-этических постулатов. Но в реальности религиозные и правовые нормы ислама не одно и то же. Поэтому не всегда детальное регулирование определенных вопросов религиозными исламскими правилами является показателем масштабов действия исламского права в юридическом смысле. Порой между указанными нормативными регуляторами существует не прямая, а обратная связь.

В силу этого в различных сегментах современных правовых систем мусульманских стран взаимодействие исламской и европейской традиций выглядит неодинаково. Просматривается закономерность: чем подробнее предписания Корана и Сунны Пророка регулируют отношения людей, тем вероятнее их конфликт с европейской правовой культурой. Одновременно наличие в указанных источниках многочисленных детальных положений чаще всего прямо влияет на позиции исламского права в современных правовых системах.

Наиболее ярко это проявляется в тех правовых областях, которые прямо ориентируются на религиозные критерии. Отметим две такие ключевые сферы — право личного статуса, под которым принято понимать юридическое оформление брачно-семейных, наследственных и некоторых других отношений, а также уголовное право. Общим для них является наличие в шариате по этим вопросам большого числа точных императивных предписаний, которые с исламской точки зрения не могут быть заменены

иными правилами и воспринимаются общественным сознанием в качестве органичной части религии ислама. Вместе с тем существенные различия между исламской и европейской правовыми культурами в этих областях отнюдь не всегда свидетельствуют об их прямом противостоянии. Применительно к ним указанные культуры взаимодействуют неодинаково: если в регулировании отношений личного статуса они, как правило, не сталкиваются, то уголовное право зачастую представляет собой арену их острого конфликта.

3.2. СЕМЕЙНОЕ И УГОЛОВНОЕ ПРАВО: ПРОТИВОСТОЯНИЕ БЕЗ КОНФЛИКТА?

Практически во всех мусульманских странах (исключением являются Турция, бывшие советские республики Центральной Азии и Азербайджан) в сфере личного статуса мусульман продолжает доминировать исламское право. Вполне очевидно, что данная отрасль неодинаково регулируется исламским и европейским правом. Достаточно вспомнить закрепляемый шариатом институт полигамии и брачного выкупа, положение женщины в семейных отношениях, характерные для ислама формы прекращения брака или исламский запрет усыновления. Однако прямого противостояния между исламским и европейским правом здесь удастся избежать. Дело в том, что личный статус составляет особую отрасль права мусульманских стран, которая действует преимущественно по религиозному принципу. Иначе говоря, мусульмане в решении вопросов своего личного статуса подчиняются шариату, а немусульмане — принятым соответствующими конфессиями правилами. Не случайно в ряде современных мусульманских стран по вопросам семейного права параллельно действуют различные для мусульман и немусульман законодательные акты, отражающие разнообразие религиозных традиций. Иными словами, в вопросах личного статуса, как правило, многие императивные предписания шариата не распространяются на немусульман, которые в регу-

лировании многих брачно-семейных вопросов могут следовать иным правовым нормам.

Есть и другая модель решения проблемы взаимного несоответствия религиозных требований в указанной сфере, когда по вопросам личного статуса действует единое основанное на шариатских принципах законодательство, но предусматривающее нераспространение ряда его норм на немусульман (например, в отношении полигамии или запрета мусульманке заключать брак с немусульманином).

При таком подходе исламские и европейские правовые нормы и принципы не противостоят друг другу. Они действуют параллельно, взаимно не пересекаясь, либо реализуются в виде единых положений законодательства, по которым между ними нет принципиальных расхождений. Отдельные противоречия снимаются путем оговорки о неприменении тех или иных статей закона в отношении тех граждан, которые не исповедуют ислам. Если исламское семейное законодательство и распространяется на немусульман, то только в качестве общего права мусульманской страны в том случае, когда та или иная религиозная конфессия не имеет собственных правил регулирования указанных отношений. Иными словами, в этой ситуации немусульмане подчиняются законодательству своей страны, а не религиозным нормам ислама.

Следует также иметь в виду косвенное влияние европейских стандартов на современное семейное законодательство, которое почти во всех мусульманских странах продолжает основываться на шариате. Несмотря на то что данная отрасль права весьма подробно разработана традиционным фикхом, есть возможность трактовать отдельные ее положения в более или менее либеральном ключе со ссылкой на цели шариата, общие принципы фикха и «исключенные интересы» мусульманской общины. С учетом такой особенности семейное законодательство в ряде мусульманских стран в последнее время заметно эволюционирует в направлении предоставления более широких прав женщине, в чем нельзя не увидеть влияния общемировых, а значит, европейских тенденций правового развития. Наглядными примерами являются ре-

формы семейного права в Марокко и Египте. Важно подчеркнуть, что даже эти новации укладываются в общие рамки исламского права в его современной трактовке. Так что и здесь наряду с противоречиями наблюдается своеобразный диалог между правовыми культурами.

Другая отрасль, в которой исламская и европейская правовые модели стоят на принципиально разных позициях, представлена уголовным правом. Здесь соотношение между ними не выглядит таким бесконфликтным, как в сфере личного статуса. Во многих рассматриваемых странах указанная отрасль права продолжает копировать европейские образцы. Однако в целом в последние десятилетия в уголовном праве многих регионов мусульманского мира усиливается влияние шариата. В ряде стран (например, в ОАЭ и Катаре) новое уголовное законодательство европейского профиля в широких масштабах допускает применение исламских норм, а в некоторых случаях (в частности, в Иране, Судане и Йемене) приняты уголовные кодексы, целиком основанные на шариате.

В странах, где данная отрасль ориентируется на шариатские критерии, нередки случаи острых конфликтов, вызванных главным образом распространением ее действия на немусульман. Дело в том, что традиционное исламское уголовное право устанавливает такие меры ответственности, которые чужды современному европейскому правосознанию. Да и некоторые преступления, влекущие предусмотренные шариатом санкции, вступают с ним в явное противоречие. В частности, исламская правовая мысль считает тяжкими преступлениями употребление алкогольных напитков, вероотступничество, интимную связь вне брака и недоказанное обвинение во вступлении в такие отношения. К мерам ответственности исламское уголовное право относит, например, отсечение руки и ноги, телесное наказание, забивание камнями, смертную казнь за выход из ислама.

Но исламская концепция преступления и наказания не просто по многим параметрам не состыкуется с основами европейского уголовного права. Главное в том, что наиболее серьезные преступления и меры ответственности детально определены ведущими

«корнями» фикха — Кораном и Сунной Пророка. На этом основании исламское сознание воспринимает указанные предписания шариата как абсолютно императивные и тесно связанные с религиозными постулатами. Более того, многие исламские мыслители ставят преступления, посягающие на права Аллаха и влекущие точно установленные шариатом меры ответственности, в один ряд с религиозными обязанностями мусульман. Иначе говоря, отказ власти признать их в форме законодательного закрепления может расцениваться исламским сознанием как прямой отход от религии.

С учетом сказанного становится понятным, почему любые шаги в направлении исламизации правовой системы в современных мусульманских странах сразу же привлекают особое внимание именно к уголовному праву, которое оказывается в центре острых дискуссий. Перспективы включения в данную отрасль права шариатских норм оцениваются общественным мнением с разных, порой противоположных позиций. С одной стороны, если власть провозглашает курс на претворение шариата, то она должна прежде всего законодательно закрепить точно установленные шариатом нормы, которые не допускают различного толкования. А к ним относятся указанные выше предписания о преступлениях и соответствующих мерах ответственности за их совершение. На этом настаивают сторонники немедленной и максимально полной реализации норм шариата.

С другой стороны, такая правовая политика встречает решительное возражение со стороны немусульман, воспринимающих включение шариатских норм в уголовное право как навязывание им чуждых религиозных традиций. Именно так и происходило в некоторых мусульманских странах, вставших на путь исламизации своих правовых систем. Вспомним, что в Судане введение в действие основанного на шариате уголовного кодекса 1983 г. до предела обострило ситуацию на юге страны, где проживают преимущественно немусульмане, которые отнеслись к этому шагу как к насильственному распространению на них исламских религиозных норм.

Можно привести и пример северных штатов Нигерии, где в 2000 г. вступило в силу аналогичное законодательство, что спровоцировало конфликт между мусульманами и христианами. Более того, принятые шариатскими судами решения на основе указанного уголовного законодательства вызвали негативный резонанс далеко за пределами страны. Так, в 2004 г. общественное мнение и официальные структуры ряда западных стран резко осудили приговор, вынесенный Амине Лаваль, которая родила ребенка вне брака и на основании этого факта была обвинена в незаконных интимных отношениях.

Обратим внимание и на то, что к немедленному принятию шариатского уголовного законодательства не готова и значительная часть мусульман, для которых европейское право уже давно превратилось в неотъемлемый элемент образа жизни и действующей правовой системы. Об этом свидетельствует опыт даже некоторых мусульманских стран, которые в разной форме подтвердили свою приверженность шариату. Например, с 1980 г. в Египте в соответствии с внесенными поправками в конституцию исключается принятие законодательства, противоречащего точным положениям Корана и Сунны. Несмотря на это, в стране продолжает действовать уголовный кодекс 1937 г., который им не соответствует. В Кувейте с 1991 г. при канцелярии Эмира над окончательным претворением норм шариата работает Высшая консультативная комиссия. Она концентрирует свои усилия на подготовке общественного мнения страны к решению этой задачи. Однако до сих пор проект нового уголовного законодательства на шариатский манер даже не разработан. Очевидно, что этому препятствует не только перспектива негативной международной реакции на такой шаг, но и достаточно серьезное влияние европейской правовой традиции внутри страны.

Таким образом, по сравнению с другими отраслями современное уголовное право мусульманских стран создает значительно больше проблем в сфере взаимодействия исламской и европейской правовых культур. И дело не только в том, что исламская концепция преступления и наказания негативно оценивается ев-

ропейским правосознанием. Противостояние усугубляется и тем, что в ряде стран исламское уголовное право неукоснительно применяется по отношению к гражданам вне зависимости от их религиозной принадлежности и нередко ко всем преступлениям, совершенным на территории конкретной мусульманской страны даже иностранцами из числа немусульман.

Вместе с тем даже там, где уголовное законодательство основано на шариате, стремятся избежать прямого конфликта между ним и европейской правовой культурой. В частности, иногда шариатские уголовные санкции распространяются только на мусульман, а немусульмане несут уголовную ответственность по уголовному законодательству европейского профиля. В отдельных случаях (например, в Судане) нормы шариата не применяются там, где большинство жителей не исповедуют ислам. Кроме того, устанавливая под влиянием ислама уголовную ответственность за некоторые преступления (например, употребление алкоголя), законодательство отдельных стран предусматривает санкции, не совпадающие с шариатскими. Так что даже в уголовном праве наряду с противоречиями между исламским и европейским подходами наблюдается их взаимодействие или, по крайней мере, сосуществование, исключаящее прямой конфликт.

3.3. ГРАЖДАНСКОЕ И ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЕ ПРАВО — ПРИМЕР ВЗАИМНОГО СОТРУДНИЧЕСТВА

За пределами личного статуса и уголовного права исламское право чаще всего достаточно гармонично сочетается с нормами законодательства современных мусульманских стран, ориентирующегося на европейские образцы. Убедительным примером могут служить действующие в большинстве из них гражданские и торговые кодексы европейского типа, которые предусматривают отдельные исламские правовые нормы, принципы и даже институты (например, относительно злоупотребления правом, преимуще-

ственного права приобретения в собственность земли, вакуфного имущества, аренды земли), не нарушающие общей природы данного законодательства.

Кстати, закрепление европейскими по своей принципиальной направленности актами исламских норм наглядно, хотя и косвенно, свидетельствует в пользу правового характера этих положений фикха, а значит — существования исламского права как юридического явления. Исключение составляют лишь те предписания гражданского и предпринимательского законодательства, которые касаются уплаты процентов при просрочке погашения долга, рисков сделок, оснований ответственности за причиненный материальный ущерб или права собственности на некоторые виды имущества. По этим вопросам исламский подход расходится с европейским взглядом. Интересно, однако, что в некоторых мусульманских странах накоплен опыт преодоления данного противоречия.

Например, в ходе исламизации правовой системы в гражданский кодекс Ливии были внесены изменения, предусматривающие запрет на получение процентов в сделках о предоставлении кредита между физическими лицами и на рискованные договоры. В Кувейте гражданский кодекс также запрещает проценты в долговых отношениях между гражданами. Правда, это предусмотрено диспозитивной нормой торгового кодекса применительно к коммерческому кредиту. Однако конфликт с шариатом может быть снят путем соглашения сторон о том, что положение законодательства о процентах не применяется в отношениях между ними.

Ориентация на европейские правовые традиции характерна для гражданского и предпринимательского права даже тех современных мусульманских стран, где позиции шариата наиболее прочны. Например, в Саудовской Аравии продолжает действовать торговое законодательство 1931 г., взявшее за основу Османский торговый кодекс 1850 г., который, в свою очередь, был построен по французской модели. Единственный заметный отход от османского образца — исключение процентов при коммерческом кредите.

Другими словами, в гражданском и торговом праве расхождения между исламским и европейским подходами по отдельным

вопросам нельзя отрицать, но они преодолеваются в приемлемых для каждого из них правовых рамках. В целом же в отмеченных отраслях обе правовые культуры взаимодействуют достаточно эффективно. Более того, именно в данной области появляются такие образцы законодательства, которые, по сути, являются симбиозом правовых решений, предлагаемых каждой из них. Поэтому они не могут однозначно считаться ни исламскими, ни европейскими. Ярким примером такого органичного сочетания является кодекс гражданских взаимоотношений ОАЭ 1985 г.

Стоит также вспомнить исламский правовой институт вакфа, регулируемый в большинстве рассматриваемых стран законодательством, в котором традиционные исламские положения позитивно взаимодействуют с европейскими по форме подходами. Более того, под влиянием современных реалий возникают такие формы вакфов, которые не были известны традиционному фикху. Причем многие из них прямо отражают практику, связанную с имущественными отношениями и предпринимательством рыночного характера, а значит — с европейским правовым опытом.

Ориентации предпринимательского и гражданского права современных мусульманских стран на европейские модели не противоречит тот факт, что в некоторых из них (Судане, Иране или Пакистане) запрещены любые банковские операции, предусматривающие получение процентов. Ведь наряду с таким запретом здесь функционируют исламские предпринимательские структуры (банки, страховые компании, инвестиционные фонды), правовые основы организации и деятельности которых органично сочетают европейские и исламские подходы. Отдельные противоречия между ними (относительно процентов, рискованных договоров или ограничений оборота некоторых видов имущества) преодолеваются правовыми способами, в том числе с помощью обращения к диспозитивным нормам законодательства и заключения особых сделок, запрещающих любые действия, которые нарушают положения шариата. Именно так и поступают исламские банки и другие коммерческие институты, заключая сделки со своими партнерами. Важно при этом иметь в виду, что указанные оговорки о непротиворечии

шариату принимаются во внимание судами и иными институтами (например, центральными банками), ориентирующимися в целом на европейское по своему профилю законодательство.

Обращение к правовым институтам, восходящим к европейской традиции, характерно даже для правовых основ организации и функционирования самих исламских финансово-экономических институтов. Причем глубокое влияние европейского права прослеживается даже в законодательстве, прямо закрепляющем исламские правовые концепции. Например, принятые в ряде мусульманских стран законы об исламских банках по своей форме и приемам юридической техники идут в русле европейской правовой традиции.

Иными словами, даже если такое законодательство предусматривает исламские по своему содержанию положения, то на уровне правовых форм и конструкций они облекаются в форму, заимствованную из европейской правовой культуры. Все это свидетельствует о тесном позитивном взаимодействии и сотрудничестве исламского и европейского права на уровне данного сегмента правовых систем современных мусульманских стран.

Итак, в области предпринимательства в подавляющем большинстве мусульманских стран исламские институты действуют наряду с традиционными рыночными структурами, ориентирующимися на европейские образцы. Это дает возможность участникам делового оборота выбирать приемлемые для них правовые формы, избегая прямого конфликта между исламским и европейским правом. Кстати, в указанных странах и за пределами мусульманского мира немусульмане нередко предпочитают обращаться к исламским правовым институтам, руководствуясь при этом чисто деловыми соображениями. Этот факт красноречиво подтверждает, что между религиозными постулатами и реально действующими исламскими предпринимательскими структурами со своей правовой базой, включающей исламские и европейские элементы, жесткой зависимости нет.

Следует также учитывать, что современная исламская правовая мысль обосновывает отход от некоторых императивных предписаний шариата, касающихся имущественных правоотношений,

ссылками на его же собственные концепции и общие принципы. Например, получение государством кредита при условии уплаты процентов противоречит исламскому праву. Однако это допускается на том основании, что иной возможности решить первоочередные проблемы страны нет, а общий принцип фикха позволяет совершать запрещенное в состоянии крайней необходимости в интересах сохранения жизни.

И все же нельзя не заметить возрастания роли исламского права в регулировании предпринимательства в большинстве современных мусульманских стран. Другое дело, что в этой сфере его нормы, как правило, не вступают в конфликт с действующим законодательством европейского образца.

3.4. ПРАВОВЫЕ ОСНОВЫ ИСЛАМСКОЙ ЭКОНОМИКИ: ВЗАИМОДЕЙСТВИЕ ИСЛАМСКОЙ И ЕВРОПЕЙСКОЙ ПРАВОВЫХ КУЛЬТУР

В последние десятилетия исламские предпринимательские институты — банки, страховые компании, инвестиционные фонды, ценные бумаги и даже биржи исламских ценных бумаг — стали важной составной частью экономики многих мусульманских стран. Более того, с начала 90-х годов прошлого столетия такие институты активно создаются и широко действуют во многих немусульманских странах.

Важно иметь в виду, что все основные проблемы, с которыми сталкиваются исламские экономические структуры в своей организации и деятельности, носят преимущественно правовой характер и непосредственно связаны с ведущими институтами, принципами и нормами фикха. Именно поэтому изучение исламской экономики невозможно без установления ее правовых основ. Причем ключевое значение приобретает анализ теоретико-правовых аспектов указанного явления, ведущих концепций, конструкций и исходных начал подхода фикха к регулированию имущественных отношений.

Современная исламская мысль выделяет три значения термина «исламская экономика». Данное понятие означает систему основанных на исламских постулатах общих ориентиров идеологического характера, представляющих собой методологический подход ислама к решению экономических проблем современного (прежде всего исламского) общества.

Кроме того, под исламской экономикой принято понимать набор различных, нередко не совпадающих друг с другом теорий и концепций, обосновывающих конкретную экономическую политику того или иного государства. Например, в общих рамках исламской экономической идеологии и методологии данные теории могут отстаивать как необходимость национализации, так и неизбежность приватизации.

Наконец, исламская экономика означает систему конкретных предпринимательских и финансовых институтов, функционирующих в качестве формы реализации определенных исламских рыночных концепций в рамках общего исламского подхода к имущественным отношениям, предпринимательству и экономической политике государства. При этом для оценки достигнутых исламской экономикой практических результатов на этом уровне не так важно, действуют ли ее институты в качестве всеохватывающей системы национального или регионального масштаба. Тот факт, что такая система нигде не сложилась, отнюдь не превращает исламскую экономику в утопию, пустую декларацию или чисто пропагандистский лозунг. Прошло время, когда, например, исламские банки воспринимались прежде всего как рекламные продукты, а об исламской экономике говорили как об иллюзии. Реальная практика лишила актуальности такие скептические оценки. Сегодня уже не приходится сомневаться в том, что к началу XXI в. эффективно работающие исламские структуры не только превратились в очень активный и влиятельный сектор хозяйственной жизни мусульманских стран, но и стали заметной частью современного мирового экономического опыта.

Конечно, концепции исламской экономики всегда играли важную идейную, можно сказать, проповедническую роль. И сего-

дня они не утратили своей идеологической направленности, основанной на исходных исламских постулатах, что обеспечивает дополнительную поддержку реализации конкретных образцов исламской экономической практики. Ведь современная исламская экономическая и правовая мысль усматривает глубинные основы исламской экономики в религиозно-этических постулатах ислама. Сам арабский термин «иктисад», употребляемый для обозначения экономики, используется в Коране в значении «умеренность», «соразмерность», ему придается не только правовой, но и нравственный, общесоциальный смысл.

Можно выделить несколько уровней исходных начал исламской экономики. Прежде всего, речь идет об общих императивах религиозного характера. Так, принцип единобожия, отражающий универсальный характер ислама, предполагает, что все стороны жизни мусульманского общества, включая экономику, должны подчиняться требованиям шариата как всеохватывающей системы социально-нормативного регулирования. Не случайно исламская экономика характеризуется мусульманскими авторами как имеющая своей целью служение религиозным заповедям.

Другая группа концептуальных устоев исламской экономики включает основополагающие этические ценности ислама — принципы избегания причинения вреда и риска, социального партнерства, удовлетворения потребностей человека. Особый акцент, который исламская экономическая теория делает на этих постулатах, объясняет, почему исламская экономика (по крайней мере в ее концептуальном осмыслении) нередко характеризуется как этическая, а исламская этика бизнеса превратилась в самостоятельное направление научных исследований.

С указанными постулатами тесно связаны теоретико-правовые представления об имущественных отношениях, которые, в свою очередь, являются центральными среди правовых основ исламской экономики.

Религиозно-этические и теоретико-правовые основы исламского предпринимательства тесно связаны друг с другом. По сути, вторые можно рассматривать в качестве перевода первых на язык

принципов, ориентиров и конкретных правил внешнего поведения в деловом обороте. Эту задачу решала исламская правовая доктрина (фикх). В свою очередь, среди теоретико-правовых основ исламского предпринимательства можно различать несколько групп исламских предписаний. К ним относятся самые общие подходы к регулированию имущественных взаимоотношений, некоторые общие теоретические конструкции (например, относительно запрета ростовщичества или рискованных сделок), а также отдельные частные, конкретные нормы шариата, которые послужили исходным пунктом для разработки доктриной достаточно развитых концепций собственности и обязательств. Ключевое значение для современной теории и практики исламской экономики имеют разработанные исламской правовой доктриной концепции интереса и шариатской политики, а также презумпция дозволенности в области имущественных отношений. Наиболее ярко подход традиционной исламской правовой доктрины к таким отношениям выразился в общих принципах фикха, имеющих прежде всего юридический характер.

На основе общих теоретических конструкций, принципов и конкретных норм, разработанных традиционной исламской правовой доктриной, в настоящее время складываются правовые основы исламской экономики. К ним можно отнести:

- положения конституций ряда мусульманских стран, провозглашающие шариат основным источником законодательства;
- специальное законодательство об отдельных исламских экономических институтах (о банках, вакфах или закяте);
- заключения правового характера (фетвы), принимаемые внутренними органами шариатского контроля исламских финансовых институтов, Центральным банком или Организацией бухгалтерского учета и аудита для таких структур.

Вероятно, правовые основы исламской экономики включают также заключения и рекомендации авторитетных центров современной исламской правовой мысли, например Совета академии фикха при Организации Исламского Сотрудничества (ОИС). Но

этими положениями, прямо отражающими исламские юридические предписания, правовые основы исламской экономики не ограничиваются. На наш взгляд, они охватывают также положения действующего в мусульманских странах законодательства европейского характера, которое регулирует создание, организацию и деятельность исламских финансово-экономических институтов, при условии что эти нормативно-правовые акты не противоречат шариату.

Наряду с правовыми основами исламской экономики, на наш взгляд, есть основания говорить о формировании в последние десятилетия современного исламского экономического (предпринимательского) права, которое представляет собой систему принципов, исходных начал, институтов и конкретных правовых норм, которые изначально были сформулированы традиционным фикхом, но в наши дни продолжают разрабатываться современной исламской правовой наукой и получают официальное признание в той или иной форме (например, через закрепление в законодательстве или судебных решениях) в целях регулирования организации и деятельности исламских экономических институтов, а также отдельных аспектов функционирования традиционных рыночных структур, подчиняющих свою работу исламским правовым критериям.

Исследования мусульманских юристов, а также материалы юридической практики и действующее законодательство не позволяют дать однозначную отраслевую характеристику исламского экономического (предпринимательского) права. В качестве варианта можно предложить рассматривать его как комплекс принципов и норм различной отраслевой принадлежности. По своей природе они относятся к исламскому праву (точнее — к его современному варианту), но в своей совокупности не обеспечивают всех аспектов правового регулирования организации и деятельности исламских предпринимательских структур и тем более экономических институтов традиционного рыночного профиля, использующих лишь отдельные исламские правовые институты и нормы по вопросам имущественных отношений.

Различие между правовыми основами исламской экономики и исламским экономическим (предпринимательским) правом пролегает по линии их соотношения с позитивным законодательством, которое ориентируется на европейские правовые модели и применяется в мусульманских странах для регулирования исламских предпринимательских институтов. Очевидно, исламское экономическое (предпринимательское) право в точном смысле не включает указанное законодательство. А специфика правовых основ исламской экономики состоит в том, что в них основополагающие институты и нормы исламского права сочетаются с предписаниями законодательства, берущего за образец европейские подходы. В частности, правовые основы организации и деятельности исламских предпринимательских структур складываются из нескольких элементов: законодательства о коммерческих компаниях (в большинстве случаев, например, исламские банки создаются в форме акционерных компаний); банковского законодательства (оно распространяется на них в той же степени, что и на обычные коммерческие банки); иного специального законодательства — о денежном обороте, валюте и др., которое применяется к ним, как и к любым иным хозяйствующим субъектам. Так, в некоторых странах приняты специальные законы об исламских банках, в которых особо оговаривается, что на указанные банки распространяются все правовые нормы, которым подчиняются любые действующие там банки. Оценивая эти предписания, следует иметь в виду, что общее банковское законодательство в мусульманских странах, за очень небольшим исключением, построено по общемировым стандартам.

Знаменательным моментом, характеризующим нынешний период развития исламской экономики, являются шаги по органичному включению исламских институтов в общий рыночный механизм с его правовой составляющей. Например, если раньше исламские банки очень часто занимали особое место в общей банковской системе той или иной страны и на них не распространялся ряд положений банковского законодательства, то теперь указанные банки, как правило, не пользуются изъятиями. Так, с момента

своего создания в 1977 г. в течение почти тридцати лет Финансовый дом Кувейта формально не считался банком, хотя всеми признавался первым и единственным в стране исламским финансовым институтом. Но после внесения в 2004 г. специальной главы об исламских банках в закон о Центральном банке и денежном обращении он официально приобрел статус банка и строит свои отношения с Центральным банком Кувейта наравне с рядовыми коммерческими субъектами банковской деятельности.

Одновременно на исламские банки в ряде стран начинают распространяться общие правила аудита, контроля и бухгалтерского учета. Не следует, конечно, забывать о том, что для любых исламских финансовых и экономических институтов являются крайне авторитетными шариатские критерии, вырабатываемые Организацией бухгалтерского учета и аудита для исламских финансовых институтов, базирующейся в Бахрейне.

Однако в любом случае исламская экономика как некая идеология и методология подхода к решению экономических проблем предполагает, что любое законодательство может применяться для регулирования организации и деятельности исламских предпринимательских структур лишь при условии, что оно не противоречит шариату. Современная юридическая практика выработала ряд способов преодоления возможного противоречия между ним и действующим законодательством. В частности, исламские банки, страховые и инвестиционные компании включают в контракты, заключаемые со своими контрагентами, специальную оговорку, в соответствии с которой любые споры, связанные с исполнением контракта, должны решаться по действующему законодательству при условии, что это не будет вступать в противоречие с шариатом. Как правило, суды в мусульманских и немусульманских странах принимают во внимание такую оговорку как часть соглашения сторон, когда речь идет о диспозитивных положениях законодательства. В случае противоречия шариату императивной нормы закона исламские предпринимательские институты заранее договариваются со своими контрагентами о том, что соответствующая сторона в споре отказывается от требования исполнить

судебное решение. Следует также иметь в виду еще одну важную гарантию соответствия деятельности исламских экономических институтов шариату: в их уставах прямо оговаривается, что они ведут всю свою деятельность в соответствии с шариатом. Органы, контролирующие операции таких структур (Центральный банк и судебные инстанции), строго следят за соблюдением таких положений уставов.

На нынешнем этапе своего развития исламская экономика в своем практическом аспекте уже не сводится к деятельности собственно исламских институтов. Одновременно она представляет собой систему принципов и приемов ведения финансово-экономической деятельности, которые могут применяться и реально используются различными неисламскими участниками рыночных отношений, включая и те, которые в своем возникновении и развитии никогда раньше не были связаны с исламом. Причем речь идет именно о принципах экономического и правового, а не религиозно-этического характера.

Несомненно, обращение традиционных экономических институтов к шариатским нормам при сохранении своего исходного статуса говорит о принципиальной совместимости исходных начал исламской экономики с современными рыночными требованиями и механизмами. Об этом же свидетельствует распространение действия общего законодательства, регулирующего банковскую деятельность, на исламские банки, что имеет место как в мусульманских, так и в западных странах. Сама успешная деятельность таких банков, сочетающих приверженность шариату с подчинением общему законодательству, которое, как правило, не ориентируется на исламские критерии, является убедительным ответом на вопрос о том, насколько исламская экономика способна вписываться в рыночное хозяйство. Вопреки распространенному мнению, современные исламские предпринимательские структуры не противостоят традиционным рыночным формам, а дополняют их. Главное в том, что правовые нормы, регулирующие организацию и деятельность указанных институтов, основаны на сочетании шариатских принципов с законодательством европейского профиля.

Теоретически более серьезные проблемы ставит область финансового права. Традиционный фикх достаточно детально разработал понятие казны и обосновал различные виды налогов. Но история исламской цивилизации сложилась так, что уже в Средние века практика государственных финансов существенно отошла от сформулированной исламской правовой доктриной догмы. Сегодня из всех источников поступлений в казну сохранился лишь закят, который является юридически обязательным всего в нескольких мусульманских странах, а в большинстве из них сохраняется как добровольное пожертвование религиозного характера.

При этом следует иметь в виду, что еще на заре своего развития исламская мысль признала за властью право вводить налоги, если традиционные источники не приносят достаточных для финансирования государственной деятельности средств. На этой основе современные налоговые системы мусульманских стран, принципиально не отличающиеся от общемировых образцов, вполне могут рассматриваться как не противоречащие шариату.

Таким образом, практическая модель сочетания и взаимодействия исламских и общемировых экономических принципов, институтов и форм — позитивный образец для решения непростых проблем включения мусульманского мира в современные процессы глобализации.

3.5. КОНСТИТУЦИОННОЕ И СУДЕБНОЕ ПРАВО: КОНФЛИКТ НАРЯДУ С АДАПТАЦИЕЙ ЗАИМСТВОВАННОГО ОПЫТА

Едва ли есть основания говорить о противопоставлении исламских принципов европейской правовой традиции в законодательном регулировании тех вопросов, по которым Коран и Сунна содержат еще меньше развернутых предписаний в сравнении с гражданскими правоотношениями или предпринимательством. Это касается, например, административного права. Правда, тра-

диционный фикх выработал набор правил, касающихся организации и работы управленческих государственных структур. Но почти все они были сформулированы на основе иджтихада, а значит, могут быть пересмотрены с использованием рациональных аргументов (например, на основе «исключенных интересов») и общих начал шариата. На практике это означает, что и здесь исламские и европейские правовые позиции могут мирно уживаться в рамках действующего законодательства.

Такая ключевая отрасль, как конституционное право, в большинстве современных мусульманских стран также является примером не совсем обычного сочетания европейской и исламской правовых культур. По своей форме оно почти целиком воспроизводит европейские модели. Это же относится и к большинству норм, принципов и институтов данной отрасли права. Вместе с тем внешне отвечающие европейской традиции формы порой используются для закрепления традиционных исламских по своему содержанию и смыслу предписаний. Например, в ряде конституций закрепляется институт консультаций при назначении на ответственные государственные должности. Порой это влияние можно увидеть в официальных названиях законодательных органов, которые именуются консультативными собраниями.

Но в целом в сфере конституционного права расхождений между исламским и европейским подходами больше и касаются они прежде всего весьма чувствительной проблемы прав и свобод человека. Так, конституции подавляющего большинства мусульманских стран предусматривают, что глава государства должен быть мусульманином. Данный принцип находится в полном соответствии с выводами традиционного фикха, который исключал подчинение правозащитных властей немусульманина, а значит, не допускал возможности занятия им поста главы государства или судьи.

Кроме того, законодательство исламских монархий, регулирующее порядок престолонаследия, как правило, исключает женщин из круга претендентов на трон. Тем самым подтверждается норма исламского права, в соответствии с которой женщина не может за-

нимать в государственном аппарате должности, предполагающие обладание общими полномочиями. Кстати, в наши дни исламские правоведы спорят о том, означает ли статус депутата парламента реализацию указанных полномочий или нет. От ответа на этот вопрос зависит отношение современной исламской правовой мысли к предоставлению женщинам избирательных прав. В частности, законодательное признание таких прав в Кувейте в 2005 г. до сих пор оспаривается многими исламскими юристами со ссылкой на то, что депутатский мандат означает, вопреки шариату, именно наделение женщины общими полномочиями, а не просто предоставление ей права на решение частных вопросов.

Влияние исламского права непосредственно ощущается в статьях конституций, касающихся прав и свобод человека или статуса семьи. Отметим в этой связи, что современный исламский взгляд на права человека по ряду направлений перекликается с международными стандартами. Причем вполне возможно дальнейшее их сближение. Вместе с тем имеются пределы такого сближения. В частности, исламский подход требует, чтобы все права и свободы человека трактовались в соответствии с шариатом. Такое положение закрепляет, например, Основной низам о власти Саудовской Аравии 1992 г.

Указанный акт испытывает, пожалуй, наиболее серьезное воздействие шариата. Но даже в нем исламские правовые принципы и институты органично сочетаются с предписаниями, которые прямо воспроизводят европейские модели. Иногда это приводит к уникальным формулировкам, в которых исламский и европейский подходы переплетаются. Например, указанный акт практически воспроизводит известную концепцию разделения властей, но в исламской интерпретации. Перечисление властей он начинает с судебной, а законодательную власть называет регламентарной. Дело в том, что в Саудовской Аравии термины «законодательство», «законодатель» и «законодательный» официально не используются. Искключительным законодателем считается Аллах, а государство наделяется лишь регламентарными полномочиями в рамках шариата. Именно он рассматривается в качестве един-

ственного полноценного закона в исламском смысле. Отметим также, что в этой стране порядок занятия поста главы государства до сих пор отражает разработанный фикхом еще в первые века ислама институт байа — процедуру одобрения кандидатуры правителя крупнейшими знатоками шариата. В 2007 г. здесь был принят специальный низам об органе, осуществляющем такую процедуру при восшествии на престол нового монарха. Одновременно было внесено соответствующее изменение в Основной низам о власти.

И все же в целом конституционное законодательство, по сравнению с некоторыми другими отраслями, открыто к достаточно широкому заимствованию европейских принципов и форм. Это объясняется, как будет показано в следующем разделе настоящего исследования, тем, что традиционный фикх ограничивается установлением определенного числа императивных норм относительно организации и деятельности государства. Он допускает учет местных условий и обычаев по ключевым вопросам формы правления, предполагает разнообразные формы реализации таких общих исламских принципов, как совещательность, равенство и справедливость. В современных условиях это означает возможность обращения к достижениям европейской правовой культуры.

Важно иметь в виду, что многие ключевые принципы и институты современного конституционного права, опирающиеся на европейские традиции, оцениваются современной исламской правовой мыслью как допустимые шариатом. В современных условиях это означает возможность обращения к достижениям европейской правовой культуры даже по таким чувствительным для ислама вопросам, как избирательные права женщин, политическая оппозиция или политические партии, о чем подробнее будет сказано ниже.

В области организации и деятельности судебных органов, процессуального права современное законодательство мусульманских стран, ориентирующееся на европейские модели, оценивается исламской правовой мыслью как не противоречащее шариату. Как и в конституционном праве, традиционный фикх не сформулировал по этим вопросам жестких императивных конкретных

норм. Например, классическая теория шариатского правосудия, как правило, предполагала единоличное рассмотрение всех судебных дел, но не считала этот принцип единственно возможным. Поэтому современное исламское правоведение вполне допускает коллегиальное решение споров. Аналогичным образом двух- или трехступенчатая судебная система воспринимается как укладываемая в рамки шариата, хотя на протяжении веков в мусульманском мире такой иерархии судебных органов не было.

Кроме того, пересмотр вынесенного шариатским судьей решения традиционный фикх допускал лишь в случае, если оно прямо нарушало требования шариата. А сейчас такая возможность предусмотрена по более широкому кругу обстоятельств. Причем в некоторых случаях обжалование судебного решения не зависит от желания обвиняемого и происходит в силу требования закона. Такие отклонения от норм традиционного фикха современная исламская правовая мысль считает вполне приемлемыми с учетом целей шариата и общих принципов фикха. Одновременно допускается введение новых норм, отражающих достижения иных правовых культур, со ссылкой на «исключенные интересы».

Вместе с тем подходы традиционного фикха продолжают оказывать влияние на современное судебное законодательство мусульманских стран и практику его действия. В частности, здесь очень редки случаи назначения женщин на должности судей (напомним, что фикх допускает осуществление женщиной функций судьи только при рассмотрении таких дел, в которых принимаются ее свидетельские показания). Кроме того, исламские традиции проявляются в создании в некоторых странах специальных шариатских судов для рассмотрения вопросов личного статуса мусульман и параллельных органов правосудия для немусульман.

Исламские принципы отражаются и в процессуальном законодательстве, которое в современных мусульманских странах строится по европейским моделям. Так, при разрешении споров в сфере личного статуса мусульман суды в ряде стран применяют особые нормы, разработанные фикхом и отличающиеся от общих правил гражданского процесса. Другим примером является при-

нятие разработанных фикхом доказательств по тем уголовным делам, ответственность за которые установлена в соответствии с шариатом.

В целом в судебном праве современных мусульманских стран преобладают принципы и нормы, берущие за основу европейские образцы. Исламские предписания достаточно органично вписываются в такое законодательство, в котором европейский и исламский подходы скорее взаимодействуют, чем противостоят друг другу. Само включение таких положений в процессуальное законодательство европейского типа свидетельствует о принципиальной совместимости позиций исламской и европейской правовых систем. Это относится даже к тем мусульманским странам, правовые системы которых испытывают наиболее глубокое влияние шариата. Например, принятые относительно недавно в Саудовской Аравии гражданский (так называемый шариатский) и уголовный процессуальные низамы (регламенты) по своим юридическим характеристикам вполне вписываются в европейские стандарты.

3.6. ПОЗИТИВНОЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО: ОЦЕНКА С ПОЗИЦИЙ ИСЛАМСКОГО ПРАВА

Таким образом, взаимодействие между исламской и европейской правовыми культурами происходит в различных формах. Многое зависит от того, какое место в них занимают императивные предписания исламского права, прямо и недвусмысленно закрепленные шариатом. Большое значение имеет возможность обращения к альтернативным правовым институтам. Кроме того, серьезное влияние на такое взаимодействие оказывает соотношение двух источников современного исламского права — доктрины и законодательства.

В этой связи возникает важный теоретический вопрос: как оценивать различные нормативно-правовые акты, принятые компетентными государственными органами, с позиций исламского права?

На уровне законодательства можно выделить нескольких основных вариантов взаимодействия исламской и европейской правовых культур. Например, большинство рассматриваемых стран проводит курс на принятие законодательства, которое по своему содержанию и основным подходам базируется на шариате, а по форме и технико-юридическим особенностям воспроизводит европейские правовые образцы. Другим примером указанного взаимодействия является модификация закрепляемых таким законодательством норм фикха под влиянием европейского опыта. Наряду с этим появляются нормативно-правовые акты, которые органично объединяют элементы исламской и европейской правовых систем и не могут быть однозначно отнесены ни к одной из них. Кроме того, достаточно широко практикуется включение исламских правовых норм, принципов и институтов в законодательство, в целом ориентирующееся на европейские модели. Не следует также забывать, что в отдельных отраслях (в области личного статуса или уголовного права) имеет место своего рода юридический плюрализм (дуализм), когда сходные отношения среди мусульман и немусульман параллельно регулируются разным законодательством, действующим по религиозному принципу и закрепляющим несовпадающие правовые традиции. Наконец, своеобразным вариантом сочетания исламской и европейской правовых культур являются предусмотренные действующим правом мусульманских стран альтернативные правовые инструменты: возможность выбора традиционной, основанной на европейских образцах, или исламской форм предпринимательства и налогообложения и соответствующих им правовых механизмов.

Каждая приведенная модель взаимодействия исламской и европейской правовых культур в законодательстве современных мусульманских стран имеет свою специфику. Но прежде всего среди нормативно-правовых актов, являющих примером указанных взаимосвязей, выделяются такие, которые прямо основаны на положениях фикха, т. е. представляют собой кодификацию его норм по тем или иным вопросам. Именно принятие такого законодательства, как было показано, свидетельствует о том, что в настоящее

время роль основного юридического источника (внешней формы) действующего исламского права переходит от доктрины к нормативно-правовому акту.

Указанное законодательство можно назвать исламским (шариатским) и практическим результатом претворения шариата. Сам термин «исламское законодательство» ярко отражает сочетание исламской и европейской правовых культур и свидетельствует о новом этапе в развитии исламского права как юридического феномена и самостоятельной правовой системы. Современное позитивное исламское право становится все более похожим на европейские модели по своей форме, а иногда и по содержанию. Иначе говоря, взаимодействие исламской и европейской правовых культур в современном мусульманском мире во многом проявляется в соотношении исламского права с позитивным законодательством, а значит — с актами кодификации фикха.

Наглядным примером таких взаимосвязей является отрасль личного статуса, ведущим источником которой в подавляющем большинстве рассматриваемых стран выступает законодательство. Учитывая, что некоторые его положения отходят от выводов традиционного исламского права и отражают условия жизни современного мусульманского сообщества в соответствии с общими началами шариата, данное законодательство вполне допустимо рассматривать как образец кодификации современного фикха и иджтихада, которые испытывают определенное влияние европейской правовой традиции. Поэтому речь идет не только о внешней рецепции, но и об эволюции содержания современного исламского права в сравнении с его традиционным вариантом. Об этом свидетельствуют, в частности, новейшие реформы семейного законодательства ряда мусульманских стран, отражающие общемировые тенденции.

Сходную оценку следует дать и уголовному законодательству, которое закрепляет основополагающие предписания шариата, но порой отклоняется от строгих постулатов традиционного фикха. В отдельных случаях к современному фикху допустимо относить и уголовные кодексы, содержательно воспроизводящие евро-

пейский образец, но только такие, которые официально толкуются в качестве «тазир», т. е. свода норм о преступлениях и наказаниях, принятых государством в порядке осуществления им иджитхада по вопросам, прямо не предусмотренным шариатом. В результате такого подхода, за исключением некоторых преступлений и соответствующих им мер ответственности, относительно которых Коран или Сунна содержат точные наказания, остальное уголовное законодательство, ориентирующееся на европейские модели, часто воспринимается как соответствующее шариату. Более того, данное законодательство нередко воспринимается не просто как допустимое с позиций шариата, но и в качестве современного образца фикха, который закрепляет меры наказания в ситуациях, не предусмотренных Кораном и Сунной, что предписывает само исламское право. Ведь такая возможность опирается на традиционную исламскую концепцию иджитхада применительно к нормотворческим полномочиям власти.

Иное современное законодательство мусульманских стран не может считаться исламским или шариатским. Но при этом крайне важно учитывать преобладающую в современной исламской правовой мысли позицию, согласно которой любые нормативно-правовые акты, прямо не противоречащие императивным предписаниям шариата, допустимы. Например, в строгом смысле гражданское и коммерческое законодательство большинства современных мусульманских стран не может считаться полностью соответствующим требованиям шариата. Но, главное, современная исламская правовая мысль не видит противоречий между шариатскими постулатами и подавляющим большинством норм указанных актов. Поэтому такое законодательство, построенное по европейским образцам, за исключением небольшого числа норм, оценивается как допустимое с позиций шариата.

С такой концепцией тесно связаны и некоторые иные традиционные исламские правовые теории в их современной трактовке.

Отметим прежде всего концепцию шариатской политики, в соответствии с которой государство вправе принимать законодательство по любым вопросам, не урегулированным шариатом

в точной и однозначной форме. Такая нормотворческая деятельность считается формой осуществления иджитхада. Понятно, что речь может идти лишь о таких актах, которые не нарушают императивные положения шариата. При этом условии государственное законодательство рассматривается как допустимое с позиций шариата, хотя и не шариатское в точном смысле. Указанная концепция в современных условиях открывает возможность для рецепции европейских правовых решений в широких масштабах, поскольку по мирским вопросам, как уже отмечалось, шариат содержит относительно немного императивных предписаний.

В этом отношении интересен такой пример. Принятые в 1883 г. в Египте шесть кодексов для национальных судов, которые целиком воспроизвели французские правовые образцы, были переданы на экспертизу в Аль-Азхар, крупнейший в мусульманском мире центр исламской мысли и образования. Комиссия в составе ведущих мусульманских правоведов, представлявших основные толки фикха, в своем заключении пришла к выводу, что положения этих актов либо прямо соответствуют выводам одной из школ традиционной исламской правовой мысли, либо не противоречат им. Было отмечено, что данные законы приняты на основе «исключенных интересов» — одного из указателей фикха — и касаются вопросов, по которым разрешается иджитхад в целях удовлетворения интересов граждан. Значит, они не выходят за рамки «исключенных интересов» как одного из указателей фикха.

Иными словами, концепция «исключенных интересов» наряду с теорией необходимости, позволяющей в отдельных случаях отходить от императивных предписаний шариата, используется для рецепции европейского права в современных мусульманских странах. Конечно, отказ от связанности выводами одного определенного толка фикха также упрощает процесс заимствования.

Следует иметь в виду, что в отдельных странах обращение к европейским правовым конструкциям по вопросам, не касающимся императивных норм исламского права, рассматривается как регулирование организационных и процессуальных сторон реализации положений шариата. Такой подход характерен, например, для

Саудовской Аравии. Вместе с тем в этой стране в целом отвергается политика кодификации шариата (фикха) на том основании, что изменение формы исламского права приведет к потере им своих основных черт (например, ориентации на иджитхад) и тем самым будет означать подчинение его европейской традиции.

Наконец, в современных правовых системах мусульманских стран выделяется законодательство, которое воспроизводит европейские образцы и вступает в прямое противоречие с императивными нормами шариата. Понятно, что оно оценивается исламской правовой мыслью как неприемлемое и подлежащее приведению в соответствие с шариатом. С этой целью в ряде стран созданы специальные структуры, на которые возложена такая задача. В качестве примера назовем уже упоминавшуюся Высшую консультативную комиссию по работе над полным претворением норм шариата в Кувейте.

Однако проблема совместимости и взаимодействия исламской и европейской правовых культур не ограничивается нормативным содержанием законодательства, действующего в современных мусульманских странах. Она касается также правосознания и толкования права. В частности, нередки случаи, когда нормы исламского права применяются и толкуются юристами (например, судьями), получившими европейское по своему содержанию образование. Но встречаются и прямо противоположные ситуации. Как уже отмечалось, в Судане в 1983 г. был принят специальный закон, который предусматривает, что все действующее в стране законодательство должно толковаться на основе предположения, что законодатель не имел в виду нарушение предписаний шариата. Любые включенные в текст закона формулировки также следует толковать в соответствии с нормами шариата и его общим духом. Пробелы законодательства восполняются путем обращения к источникам фикха и его общим принципам, а также к целям шариата и отмеченным выше исламским правовым концепциям.

Понятно, что многовековое господство исламского права в правовых системах мусульманских стран предопределяет их приверженность к данной правовой культуре. Для смены, так сказать,

правовой ориентации требуются не годы, а столетия. Вместе с тем с середины XIX в. восприятие европейского правового опыта многими указанными странами привело к тому, что европейские традиции превратились здесь в неотъемлемую часть национальной правовой культуры, от которой невозможно отказаться. Показательно, что в Судане, где уже с конца XIX в. утвердились английские правовые институты, принятый в 1971 г. гражданский кодекс, основанный на французской модели, оставался в силе только два года, поскольку был отвергнут не только исламским правосознанием, но и традициями общего права.

Не будем забывать и другую особенность правовой культуры рассматриваемых стран: массовое правосознание здесь тяготеет не только к исламским правовым традициям, но и к местным обычаям и традициям, которые отнюдь не всегда совпадают с шариатом и фикхом. В то же время те, кто представляет юридические профессии и непосредственно участвует в законодательном процессе, отличаются приверженностью к европейской правовой культуре или исламскому праву в его точном профессиональном понимании.

3.7. ПЕРСПЕКТИВЫ ВЗАИМОДЕЙСТВИЯ ИСЛАМСКОЙ И ЕВРОПЕЙСКОЙ ПРАВОВЫХ КУЛЬТУР

С учетом сказанного перспективы взаимодействия исламской и европейской правовых культур в современных мусульманских странах выглядят неоднозначно. Можно обоснованно предполагать, что отмеченные варианты такого соотношения сохранятся и в будущем. Одновременно вполне допустимо прогнозировать возникновение новых форм позитивного сотрудничества между данными культурами в рамках национальных правовых систем. Очевидно, в пользу указанной перспективы свидетельствует и отказ от связанности определенной школой фикха, что характерно для современного исламского права.

В настоящее время национальные правовые системы практически всех мусульманских стран приобретают черты, отражающие

основные тенденции развития права в современном мире. Ведущей из этих тенденций является сближение указанных систем вплоть до унификации ряда их существенных элементов на региональном уровне. Одновременно все более отчетливой становится и иная тенденция — учет в праве отдельных стран и целых регионов их собственных историко-культурных, религиозных и цивилизационных особенностей, по-разному взаимодействующих с общемировыми правовыми стандартами.

В этом отношении глобализация в праве означает не только накопление национальными правовыми системами сходных и даже одинаковых черт. Она сопровождается утверждением правового многообразия, активным включением различных правовых культур в мировое правовое развитие, вариативностью реализации общих стандартов, разнообразием форм претворения единых правовых принципов, в том числе в сфере организации и функционирования государственных институтов с учетом национальных традиций. В большинстве современных мусульманских стран обе указанные тенденции тесно переплетаются.

Такую закономерность не ставит под сомнение усиление влияния шариата на правовое развитие многих указанных стран с 70-х годов прошлого века. Наоборот, оно лишь подтверждает тот факт, что право — не простое техническое средство политики и не служебный инструмент идеологии, а определенная культура, имеющая самостоятельную ценность. Технократический или, наоборот, сугубо идеологизированный подход к праву все чаще отвергается в мусульманском мире в пользу поиска национальной правовой культуры, в которой органично сочетаются достижения исламской и европейской правовых цивилизаций в их единстве и взаимопроникновении.

Конечно, исламская и европейская правовые культуры не только позитивно взаимодействуют, но и конкурируют друг с другом. Это проявляется на уровне применения и толкования законодательства, построенного по определенной правовой модели, юристами с иной правовой культурой, а также на уровне правосознания. В частности, профессиональное правосознание в большин-

стве арабских стран отчетливо тяготеет к европейской правовой культуре, а массовое продолжает ориентироваться на традиционные исламские ценности. Конфликт может проявляться в неприятии немусульманами законодательства, основанного на шариате, так как оно ассоциируется с исламской религией, а не с правом в собственном смысле, с правовой культурой ислама (это особенно заметно, как уже подчеркивалось, на примере уголовного права). Нельзя игнорировать и еще один фактор. Образ жизни мусульман во всех мусульманских странах в значительной мере определяется местными обычаями и традициями, которые часто вступают в прямой конфликт не только с действующим законодательством, но и с собственно исламскими нормами — как религиозными (шариатом), так и правовыми (исламским правом).

Иными словами, наряду с позитивным взаимодействием или параллельным применением в рамках одной правовой системы исламская и европейская правовые культуры порой сталкиваются друг с другом. Однако — и это важно иметь в виду — примеров разногласий между ними заметно меньше, нежели образцов сотрудничества. Даже по вопросам уголовного права современное исламское правоведение ищет формулу, позволяющую совместить свою позицию с преобладающим в сегодняшнем мире подходом, обосновать возможность рецепции европейских образцов.

Нельзя не заметить, что проблема взаимоотношений исламской и европейской правовых культур с юридической точки зрения является проблемой соотношения традиционного исламского права, действовавшего на протяжении веков в форме доктрины, с позитивным законодательством, одним из вариантов которого выступают акты кодификации фикха. Но у рассматриваемого вопроса есть и другая, общетеоретическая и социально-психологическая составляющая. Речь идет о сотрудничестве и противостоянии двух разных моделей понимания права и правосознания.

Так, европейское правопонимание, рассматривающее право преимущественно как результат деятельности государства, и исламская концепция, которая рассматривает шариат (и фикх) в качестве творения Аллаха, внешне не согласовываются между собой.

Если для европейского менталитета право выступает приоритетной ценностью, то для мусульман эту же роль играет шариат, который прежде всего является религиозно-этическим феноменом. Не следует, однако, забывать, что многие выводы фикха, внешне выступающие в качестве интерпретации шариата, отвечают критериям права. По мнению ряда современных исламских юристов, особенность ислама заключается именно в придании многим своим нравственным требованиям обязательного юридического характера.

За внешними различиями между исламским и европейским подходами к праву нельзя не заметить и перекликающиеся черты. В частности, если учесть, что европейский либеральный подход требует от государственного законодательства обязательной ориентации на естественные и не зависящие от власти права человека, а современная исламская правовая мысль считает принципы шариата (на деле — общие принципы фикха, имеющие правовой характер) источником законодательства, то различия между этими двумя теориями не кажутся непреодолимыми. Об этом же говорит сопоставление взглядов западных и мусульманских юристов на исходное назначение права и его соотношение с государством. По этому вопросу западная концепция господства права и исламская теория верховенства шариата, предписания которого власть обязана претворять, очень близки по своему смыслу.

При этом надо иметь в виду, что в наши дни исламская правовая мысль не стоит на месте и сама предлагает способы преодоления отмеченных противоречий, отражая происходящие в мире изменения, что, кстати, отвечает исходным началам самого шариата. Напомним, что современное исламское правоведение считает вполне допустимым законодательство, которое не противоречит шариату, хотя может и не во всем ему соответствовать.

Оценивая результаты и перспективы взаимодействия современного исламского права с европейской правовой культурой, нельзя пройти мимо еще одного примечательного момента. Как в прошлом, так и в наши дни исламское право вполне успешно взаимодействует с двумя основными европейскими моделями —

континентальным и общим (прецедентным) правом. Знаменательно, что эти правовые системы строятся по разным критериям и с трудом сочетаются друг с другом на уровне правовых институтов. Исламское же право вполне успешно взаимодействовало в Средние века с ними обеими. В Британской Индии его сочетание с английским правом даже привело к формированию так называемого англо-мухаммеданского права. А в Северной Африке в эпоху французского колониального господства в итоге контактов исламского права с французскими юридическими институтами сложилось алжирское исламское право.

Бросается в глаза, что в Средние века исламское право обогащало европейскую правовую культуру главным образом в сфере частного права. Как уже отмечалось, это хорошо видно на примере векселя, чека, перевода долга или морской аварии. Но на протяжении последних двух с половиной столетий взаимовлияние этих культур было односторонним и выражалось лишь в рецепции исламским правом европейских достижений.

Однако с наступлением нового тысячелетия практика современного исламского права вновь оказывается востребованной на Западе. Так, целый ряд институтов исламского предпринимательского права (исламские облигации, банковские продукты, формы основанного на взаимных гарантиях страхования) уже нашел признание в европейской правовой практике. Важно при этом подчеркнуть, что в предыдущие исторические эпохи исламское право разрабатывало принятые европейским правом институты и конструкции на собственной основе и без серьезного постороннего влияния. А теперь современное исламское право именно под влиянием тесного контакта с европейской правовой культурой формулирует решения, которые указанная культура берет себе на вооружение. При этом нормы шариата остаются незыблемыми, но и положения европейского права не игнорируются.

Каждая из двух сторон такого взаимодействия принимает во внимание требования другой. Если новые исламские правовые подходы по вопросам предпринимательства чаще всего являются альтернативой императивным предписаниям шариата в условиях

современного делового оборота, то и европейское право нередко проявляет готовность внести коррективы в устоявшиеся стандарты с учетом особенностей шариата. Иными словами, в современном мире наблюдается не только заимствование исламским правом достижений европейской правовой культуры, но и встречное движение, когда исламские юридические принципы принимаются во внимание на Западе.

Убедительным примером являются ипотечные кредиты, отвечающие шариатским критериям и получившие широкое распространение во многих западных странах. Достаточно привести пример Великобритании, где при найме жилого помещения с условием последующего выкупа в соответствии с исламским правом, которое предусматривает в этом случае заключение двух контрактов, в порядке исключения взимается только один гербовый сбор, хотя по общему правилу каждый из договоров должен облагаться указанным сбором. Можно также упомянуть исламские облигации, выпускаемые в Германии или США, а также кредиты, предоставляемые исламскими банками государственным структурам в некоторых странах Европы. Кроме того, европейские суды, как правило, принимают во внимание те положения контрактов исламских предпринимательских структур со своими партнерами, в которых говорится о том, что применяемые к таким договорам правовые нормы и судебные решения не должны противоречить шариату.

В целом, как отмечают авторитетные арабские ученые-компаративисты, между позитивным правом, основанным на европейских образцах, и исламскими правовыми принципами нет непреодолимых противоречий. Более того, есть все основания утверждать, что общие принципы и большинство конкретных норм исламского права сходны с фундаментальными идеями и частными положениями других правовых систем, прежде всего европейских.

Практика современного исламского права подтверждает, что правовые системы, для которых характерно сочетание исламской и европейской культур, могут успешно развиваться. Такой опыт важен для немусульманских стран, где существенную долю граждан составляют мусульмане. К ним относится и Россия.

Позитивное взаимодействие современного исламского права с европейскими и общемировыми подходами вселяет надежду на то, что диалог между Западом и мусульманским миром и по другим вопросам будет успешно развиваться. Правовым ценностям принадлежит заметное место в этом интеллектуальном обмене. Ведь значение и возможности исламской правовой культуры не ограничиваются прикладными юридическими вопросами. Она может и должна сыграть важную позитивную роль в решении многих серьезных проблем, стоящих сегодня перед человечеством.

В частности, выводы исламской правовой мысли в состоянии помочь налаживанию продуктивного диалога между исламским миром и Западом, сотрудничеству между ними в решении таких сложных проблем, как глобализация, права человека, демократизация и политические реформы, борьба с экстремизмом и международным терроризмом.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Исследование особенностей исламского права как юридического феномена позволяет выделить те стороны социально-нормативной системы ислама, которые с полным основанием можно считать важным элементом мировой правовой культуры. Прежде всего речь идет о шариате как комплексном феномене, в котором религия теснейшим образом взаимодействует с нравственностью и правом. Вместе с тем заметным элементом глобальной правовой культуры выступает собственно исламское право как одна из самостоятельных правовых систем (семей) нашего мира.

Следует также принимать во внимание то влияние, которое исламское право оказало на европейские правовые системы, включившие ряд его наработок в свой арсенал. Наряду с этим тесное взаимодействие исламской и европейской правовых традиций в современных правовых системах мусульманских стран — заметная черта нынешнего мирового правового развития, характеризующегося интенсивными контактами между различными культурами и цивилизациями.

Из всего спектра течений современной исламской мысли именно правовая доктрина способна занять в диалоге ислама с иными культурами особое место. Само современное исламское право, как было показано, является показательным примером указан-

ного диалога. Его взаимодействие с европейской правовой культурой демонстрирует как конфликт, так и взаимодополнение, позитивное сосуществование либо даже симбиоз, практически полное слияние. Одновременно правовые системы мусульманских стран в наши дни представляют собой наглядный образец сочетания и тесного взаимодействия двух переплетающихся тенденций глобального мирового развития — линии на унификацию вместе с акцентом на сохранение и возрождение своих исконных традиций, которые для мусульманского мира сводятся к исламскому правовому наследию. Все основные черты современного исламского права отражают влияние на него европейского правового опыта, свидетельствуют о его способности адаптироваться к нынешним реалиям при сохранении приверженности традициям. В известном смысле исламское право наших дней — поле диалога исконно исламских традиций и европейской культуры.

Такая специфика исламского права отчетливо прослеживается в особенностях современной исламской правовой мысли (фикха). Именно она призвана взять на себя выполнение особо значимой функции в диалоге ислама с другими культурами и цивилизациями. Опыт самого исламского права в прошлом и в наши дни дает значительно больше доказательств не столкновения цивилизаций, а их взаимного обогащения.

Научное изучение исламского права не только вскрывает его юридическую природу, но и подтверждает правоту одного из крупнейших мусульманских юристов Средневековья Ибн Каййима аль-Джавзийи, который писал: «Шариат целиком построен на мудрости и учете интересов людей в их земной и будущей жизни; он — олицетворение абсолютной справедливости, милосердия, заботы об интересах и наивысшей мудрости; если какое-нибудь решение отходит от справедливости и обращается к произволу, отклоняется от милосердия в противоположную сторону, отказывается от отражения интересов и поворачивается лицом к ущербу, отрекается от мудрости и тяготеет к порче, то оно не принадлежит шариату».

Не все в сегодняшнем мире разделяют эти идеи. Не секрет, что шариат нередко понимается совсем по-иному и становится основой деятельности, вступающей в прямое противоречие с отмеченными классиком исламской мысли ориентирами. В таком случае ни о каком диалоге речи быть не может. Но если относиться к диалогу культур и цивилизаций как к стратегическому пути развития современного человечества, то необходимо отстаивать приоритет именно данных ориентиров. Изучение основ теории исламского права помогает решению этой актуальной задачи.

СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

- Антология мировой правовой мысли в 5 т. Т. 1. Античный мир и восточные цивилизации. М., 1999.
- Бехруз Х. Исламские традиции права. Одесса, 2006.
- Барковская Е. Ю. Мусульманское право и правовая культура. М., 2001.
- Беккин Р. И. Мусульманское право как отражение специфики политико-правовой культуры мусульманского мира // Политические системы и политические культуры Востока / под ред. А. Д. Воскресенского. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Восток-Запад, 2007.
- Боронбеков С. Основные ценности ислама — объекты охраны шариата // Государство и право. 2003, № 2. С. 92–100.
- Боронбеков С. Шариат. М., 2002.
- Вайсс Б. Дж. Дух мусульманского права. М.; СПб., 2008.
- Ван ден Берг Л. В. С. Основные начала мусульманского права согласно учению имамов Абу Ханифы и Шафии. М., 2005.
- Гилязутдинова Р. Х. Природа мусульманского права. Уфа, 2003.
- Ислам: Энциклопедический словарь. М., 1991.
- Ислам и право в России: Материалы научно-практического семинара «Мусульманское право в мире и России (Северный Кавказ, Поволжье)». Вып. 2. М., 2004.
- Керимов Г. М. Шариат: Закон жизни мусульман. Ответы Шариата на проблемы современности. СПб., 2007.
- Козлихин И. Ю. Мусульманское право // Правоведение. 2011, № 3. С. 231–258.
- Коран / пер. с араб. и коммент. М.-Н. О. Османова. 3-е изд., перераб. и доп. М.; СПб., 2010.
- Маргинани Бурхануддин. Хидоя. Комментарии мусульманского права. В 2 ч., 4 т. М., 2008.

- Мусульманское право (внутренние и международно-правовые нормы) / под ред. М. А. Сарсембаева. Алматы, 1999.
- Мусульманское право (структура и основные институты). М., 1984.
- Мухаммад ибн Абд ал-Карим аш-Шахрастани. Книга о религиях и сектах (Китаб ал-михал ва-н-нихал). Ч. I. Ислам / пер. с араб., введ. и коммент. С. М. Прозорова. М., 1984.
- Основы теории и истории исламского права: учеб. пособие / под общ. ред. И. Ю. Козлихина, И. А. Васильева. СПб.: Изд-во С.-Петерб. ун-та, 2018.
- Петрушевский И. П. Ислам в Иране в VII–XV вв. СПб., 2007.
- Рахманов А. Р., Рахманов А. Р. Исламское право: учебник для вузов. Ташкент, 2003.
- Садагдар М. И. Основы мусульманского права. М., 1968.
- Самигуллин В. К. Ислам и право: Опыт постижения. Уфа, 2006.
- Сюкияйнен Л. Р. Мусульманское право. Вопросы теории и практики. М.: Наука, 1986.
- Сюкияйнен Л. Р. Общие принципы фикха как отражение юридических особенностей исламского права // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2018, № 3. С. 50–80.
- Сюкияйнен Л. Р. Шариат и мусульманская правовая культура. М., 1997.
- Сюкияйнен Л. Р. Шариат, фикх, исламское право: проблема соотношения // *Ars Islamica*: в честь Станислава Михайловича Прозорова / сост. и отв. ред. М. Б. Пиотровский, А. К. Аликберов. М., 2016.
- Торнау Н. Изложение начал мусульманского законоведения. 1850. Репринтное изд. СПб., 1991.
- Филипс Абу Амина Биляль. Законы жизни мусульман. Эволюция фикха. М., 2002.
- Хохлышева О. О. Мусульманское право. Курс лекций и документальные материалы. Нижний Новгород, 2006.
- Хрестоматия по исламу / пер. с араб., введ. и примеч. М., 1994.
- Шариат: теория и практика. Уфа, 2000.
- Шейх Юсуф Кардави. Дозволенное и запретное в исламе. 2-е изд., доп. М., 2005.
- Hallaq Wael B. Shari'a between Past and Present: Theory, practice and modern transformation. New York, 2009.
- Glenn H. P. Legal traditions of the world. Oxford, 2010.
- Schacht J. An Introduction to Islamic Law. Oxford, 1982.

Учебное издание

СЮКИЯЙНЕН Леонид Рудольфович

ОСНОВЫ ТЕОРИИ ИСЛАМСКОГО ПРАВА

Учебное пособие

Редактор *Н. С. Венёва*
Корректор *Н. Э. Тимофеева*
Компьютерная верстка *А. М. Вейшторт*
Обложка *Е. Р. Куныгина*

Подписано в печать 19.12.2019. Формат 60 × 90 ¹/₁₆.

Усл. печ. л. 10,25. Тираж 300 экз. Заказ №

Издательство Санкт-Петербургского университета.

199004, Санкт-Петербург, В. О., 6-я линия, д. 11.

Тел./факс +7(812) 328-44-22

publishing@spbu.ru



publishing.spbu.ru

Типография Издательства СПбГУ. 199034, Санкт-Петербург, Менделеевская линия, д. 5.

Книги и журналы СПбГУ можно приобрести
по издательской цене

в интернет-магазине: **publishing.spbu.ru**

и

в сети магазинов **«Дом университетской книги»**, Санкт-Петербург:

Менделеевская линия, д. 5

6-я линия, д. 15

Университетская наб., д. 11

Наб. Макарова, д. 6

Таврическая ул., д. 21

Петергоф, ул. Ульяновская, д. 3

Петергоф, кампус «Михайловская дача»,

Санкт-Петербургское шоссе, д. 109.

Справки: +7(812)328-44-22, publishing.spbu.ru

Книги СПбГУ продаются в центральных книжных магазинах РФ,
интернет-магазинах **amazon.com**, **ozon.ru**, **bookvoed.ru**,

biblio-globus.ru, **books.ru**, **URSS.ru**

В электронном формате: **litres.ru**