

АКАДЕМИЯ НАУК РЕСПУБЛИКИ ТАТАРСТАН
ЦЕНТР ИСЛАМОВЕДЧЕСКИХ ИССЛЕДОВАНИЙ

Н. Дж. Коулсон

ИСТОРИЯ ИСЛАМСКОГО ПРАВА

КАЗАНЬ 2013

Перевод с английского
И.А. Мухаметзарипова

Коулсон Н.Дж.

История исламского права / Пер. с англ. И.А. Мухаметзарипова. Наб. Челны, духовно-деловой центр «Ислам Нуры», 2013 г. 245 с.

В последнее время вырос интерес к исламу, что во многом объясняется значимой ролью, которую ислам играет в современном обществе. Изучение шариата позволяет лучше понимать особенности образа жизни мусульман, их ценности и приоритеты.

Английский ученый-правовед XX в. Н.Дж. Коулсон объективно исследует историю исламского права с позиций правовой теории и практики, дает глубокий и всесторонний анализ процесса исторического развития шариата. Данная книга рассчитана на широкий круг читателей, интересующихся мусульманским правом.

© Мухаметзарипов И.А., 2013

© Центр исламоведческих исследований, 2013

Н. Дж. Коулсон

Магистр гуманитарных наук, профессор восточного права
Школы восточных и африканских исследований Лондонско-
го университета, барристер Палаты Грея, бывший научный
сотрудник Кибл-Колледжа Оксфордского университета

Издательство
Эдинбургского университета
© Ноэль Дж. Коулсон, 1964 г.,
Издательство Эдинбургского университета
22, площадь короля Георга, г. Эдинбург

Впервые опубликовано в 1964 г.
Переиздано в 1971 г.
Переиздано в мягком переплете в 1978 г.
ISBN 0 85224 354 5

Издано в Великобритании,
Издательство «The Scolar Press Ltd»,
г. Илкли, Йоркшир

ОГЛАВЛЕНИЕ

Предисловие переводчика.....	5
Предисловие к английскому изданию	7
ВВЕДЕНИЕ	9
Роль истории в мусульманской юриспруденции.....	9
ЧАСТЬ ПЕРВАЯ. ВОЗНИКНОВЕНИЕ ШАРИАТА	17
Глава 1. Кораническое законодательство.....	17
Глава 2. Правовая практика в первом веке ислама.....	29
Глава 3. Зарождение юриспруденции: ранние правовые школы.....	44
Глава 4. Главный архитектор: Мухаммад ибн Идрис аш-Шафии.....	61
Глава 5. Завершающие этапы развития	70
ЧАСТЬ ВТОРАЯ. ПРАВОВАЯ ТЕОРИЯ И ПРАКТИКА В ИСЛАМЕ СРЕДНЕВЕКОВЬЯ	82
Глава 6. Классическая теория права	82
Глава 7. Единство и различия в шариате.....	93
Глава 8. Сектантские правовые системы в исламе.....	111
Глава 9. Исламское правительство и шариат	128
Глава 10. Исламское общество и шариат	143
ЧАСТЬ ТРЕТЬЯ. ИСЛАМСКОЕ ПРАВО В НОВОЕ И НОВЕЙШЕЕ ВРЕМЯ	158
Глава 11. Иностранное влияние: Рецепция европейских законов.....	158
Глава 12. Регулирование шариата в современном исламе	173
Глава 13. Таклид и правовая реформа	193
Глава 14. Новый иджтихад.....	214
ЗАКЛЮЧЕНИЕ	231
Религиозное право и общественный прогресс в современном исламе	231
Сокращения	240
Избранная библиография	241

ПРЕДИСЛОВИЕ ПЕРЕВОДЧИКА

Автор настоящей книги, профессор Ноэль Джеймс Коулсон, родился 18 августа 1928 г. в городе Блэкрод, графство Ланкашир, Великобритания. Получил образование в школе Уигана и Кибл-Колледже Оксфордского университета, где ему была присвоена степень бакалавра по классическим и восточным языкам.

После военной службы в качестве офицера разведки в парашютном полку на Кипре и в Суэце, в 1952 г. вернулся в Оксфордский университет, где поступил в магистратуру по исламскому праву. В 1954 г. стал лектором по исламскому праву в Школе восточных и африканских исследований Лондонского университета (SOAS). Работал деканом юридического факультета в Университете им. Ахмада Бело в Нигерии с 1965 по 1966 гг. Затем вернулся в Великобританию. С 1967 г. и вплоть до своей смерти 30 августа 1986 г. занимал должность профессора по праву восточных стран в Лондонском университете. Кроме научной и преподавательской деятельности, занимался юридической практикой, входил в адвокатскую палату Грея в качестве барристера¹.

Как эксперта по методике преподавания Н.Дж. Коулсона часто приглашали для чтения лекций по исламскому праву и сравнительному законоведению в ведущие американские высшие учебные заведения, включая университеты Чикаго, Гарварда, Пенсильвании, Калифорнии и Юты. Он опубликовал ряд книг и множество статей по исламскому праву.

Газета «Таймс», в своей статье о Н.Дж. Коулсоне от 3 сентября 1986 г., назвала его «ведущим английским ученым по исламскому праву своего поколения». Н.Дж. Коулсон выде-

¹ Барристер – адвокат, представитель одной из категорий защитников в Великобритании наряду с солиситором. В отличие от солиситора имеет право выступать во всех судебных процессах; дает заключения по наиболее сложным юридическим вопросам (прим. пер.).

лялся среди других западных правоведов своими обширными познаниями одновременно в англосаксонском праве, шариате и арабском языке. К его советам прислушивались западные организации и учреждения, сотрудничавшие со странами Среднего Востока и Северной Африки.

В представленной русскоязычному читателю книге приводится всеобъемлющий обзор и анализ истории исламского права с момента возникновения ислама и до середины XX в. Уделяется внимание как классической теории мусульманского права, так и концепциям исламского модернизма. Работа Н.Дж. Коулсона представляет интерес для широкого круга заинтересованных лиц с точки зрения знакомства с концепциями западного исламоведения.

***И.А. Мухаметзарипов,
кандидат исторических наук.***

ПРЕДИСЛОВИЕ К АНГЛИЙСКОМУ ИЗДАНИЮ

В 1939 г. перспектива войны, которая могла затронуть многие азиатские народы, заставила государственных лиц в Британии осознать факт недостаточного количества наших экспертов по азиатским языкам и культурам. В городе Скарборо была учреждена комиссия, отчеты которой привели к значительному прогрессу в сфере исследований Востока и Африки в Британии в послевоенный период. События третьей декады 1939 года отчетливо показали постоянно расширяющемуся кругу заинтересованных читателей необходимость чего-то более весомого, чем поверхностные знания о неевропейских культурах. В особенности расцвет движений за независимость в государствах Африки, многие из которых являются по большей части мусульманскими, или во главе которых стоит мусульманин, подчеркивает растущую политическую важность исламского мира. Это обуславливает необходимость расширения и углубления нашего понимания и оценки этой огромной части человечества. История имеет для мусульман большое значение, и то, что случилось в 632 или 656 гг., может до сих пор быть актуально. Именно поэтому «журналистская» осведомленность о том, что происходит сейчас, явно недостаточна. Должно быть понимание того, как прошлое сформировало настоящее.

Серия «Исламских исследований» задумана с тем, чтобы дать образованному читателю нечто большее, чем может предоставить популярная литература. Каждая из книг исследует отдельный круг вопросов и раскрывает современный уровень научного познания в данной области. Будет дан обзор сфер, в которых существует ясная научная картина. Одновременно будут раскрываться пробелы, неясные и дискуссионные моменты. Полная и снабженная комментариями библиография поможет тем, кто хочет продолжить свои исследования.

Кроме того, приводится перечень источников с указанием их характеристик и объема.

Серия рассчитана в первую очередь на образованного читателя, вовсе незнакомого с предметом или же обладающего небольшими познаниями в этой области. Тем не менее, характер серии таков, что она ценна также для студентов университетов и тех, кто проявляет профессиональный интерес к данной области.

Транслитерация арабских слов по существу повторяет транслитерацию, представленную во втором издании «Энциклопедии ислама» (Лондон, издание 1960 г. и др.), но с тремя изменениями.

Два из них обычны для большинства британских арабистов, а именно: q вместо k, и j вместо dj. Третье изменение является своего рода новшеством. Это замена связки, используемой тогда, когда два согласных звука должны звучать вместе, апострофом, показывающим их раздельное произношение. То есть сочетания dh, gh, kh, sh, th (и в неарабских словах ch и zh) должны произноситься как один звук. Там, где есть апостроф, как например *ad'ham*, он произносится раздельно. В данном случае апостроф не представляет звук, однако, так как он встречается только между двумя согласными (вторая из которых h), он не может быть спутан с апострофом, представляющим звук, образованный посредством гортанной смычки (*хамза*), никогда не возникающей между двумя согласными.

У. Монтгомери Уотт
Главный редактор

ВВЕДЕНИЕ

Роль истории в мусульманской юриспруденции

Юристы, согласно Эдмунду Бёрку², плохие историки. Конечно, он имел в виду скорее неприязнь, чем неспособность части английских юристов начала XIX в. к изучению прошлого. Юриспруденция того времени была изолированной наукой, в которой право представляло собой систему правил, основанных на объективных критериях, природа и само существование которых не зависели от рассуждений о времени и месте. Замечание Бёрка актуально до сих пор, несмотря на влияние на западную юриспруденцию исторической школы с ее тезисом о том, что право появилось и развивалось одновременно с обществом. Конечно, практикующих юристов, как правило, интересуют существующие на данный момент решения органов власти и судов. Кроме того, отметим, что, например, английское право провозгласило 1189 г.³ годом начала своей истории в силу определенных причин. Но именно современная западная юриспруденция отводит историческому методу познания вспомогательную и подчиненную роль. Западная юридическая наука в первую очередь направлена на изучение права в том виде, в каком оно существует или каким оно должно быть, а не на изучение того, каким право было в прошлом.

Однако традиционная мусульманская юриспруденция является наиболее радикальным примером правовой науки, не связанной с изучением истории. В классической исламской теории право является ниспосланной волей Бога, божественно

² Эдмунд Бёрк (1729-1797 гг.), ирландский государственный деятель и философ, член Палаты Общин Великобритании (прим. пер.).

³ Дата начала отсчета истории общего права в Великобритании и некоторых других странах. В 1275 г. в Вестминстере принят закон, согласно которому датой отсчета стало 6 июля 1189 г. – начало правления короля Ричарда I, известного как Ричард Львиное Сердце (прим. пер.).

определенной системой, существовавшей до мусульманского государства и не замещаемой последним, контролирующее мусульманское общество и, в свою очередь, неподконтрольное ему. Таким образом, не может быть и мысли о том, что право само по себе возникает как исторический феномен, тесно связанный с развитием общества. По своей природе раскрытие и формулирование божественного закона – это процесс развития, в котором традиционная доктрина выделяет несколько отдельных этапов. За главными «архитекторами» шариата следовали «строители», претворявшие планы зодчих в жизнь, а последующие поколения «мастеров» вносили свой вклад в укрепление, прилаживание и внутреннюю «отделку» до тех пор, пока «здание» мусульманского права не было построено. С этого момента юристы могли быть только хранителями вечного порядка. Однако описанный выше процесс развития шариата рассматривается в полной изоляции от исторического развития общества. Роль юриста измеряется исключительно по значимости его вклада в процесс развития божественного предписания. Его место не рассматривается в свете какого-либо внешнего критерия или в связи с обстоятельствами отдельной эпохи или местности. В этом смысле традиционная картина развития исламского права лишена глубокого исторического аспекта.

В связи с тем, что непосредственная связь с божественным откровением прекратилась со смертью Пророка Мухаммада, шариат, однажды достигнув совершенства, остался статичным и неизменным в принципе. Располагаясь над мусульманским обществом наподобие души, свободной от телесной оболочки, не зависящей от течения времени и превратностей судьбы, шариат олицетворял собой вечный идеал, к которому мусульманское общество должно стремиться. Однако называть мусульманскую юриспруденцию идеалистической не значит предполагать, что положения права сами по себе лишены практических рассуждений, связанных с нуждами об-

щества; и это также не означает, что практика мусульманских судов никогда не совпадала с идеалом. Оба подобных предположения очевидно неверны. Просто мусульманская философия права по существу была скорее изучением и анализом шариата с теоретической стороны, чем наукой о позитивном праве, исходящем от законодательных органов государства. Функция мусульманской юриспруденции, за одним примечательным, но единственным исключением, всегда сводилась скорее к указанию судам того, что они должны делать, а не к попыткам предсказать, чем они будут на самом деле заниматься.

Итак, исламскому праву (если подразумевать под данным термином законы, регулирующие жизнь мусульман) свойственно разграничение между идеальным догматом и реальной практикой, между шариатом в изложении юристов-классиков и позитивным правом, находящимся в ведении судов⁴. Это обеспечивает удобную основу для исторического исследования, которое могло бы быть осуществлено в рамках изучения судебной практики на предмет ее соответствия или несоответствия нормам шариата. Однако в мусульманской правовой литературе данный аспект отражен слабо. Конечно, нет недостатка в биографических хрониках деятельности судей в отдельных областях, описаний нешариатского правосудия и прочих подобных работах. Но они не могут рассматриваться как систематическое или всеобъемлющее описание правовой практики, тем более – как попытки сравнить практику применения шариата с учением правоведов. Недовольство некоторых мусульманских юристов сложившейся правовой практикой является лишь незначительным исключением по сравнению с позицией большинства правоведов, занимаю-

⁴ В данном случае автор раскрывает содержание позитивного права с точки зрения англосаксонского права, где главным источником права является судебный прецедент. В романо-германской правовой семье (в которую входит Россия) под позитивным правом понимается система законов, устанавливаемых государством (прим. пер.).

щих сдержанную позицию. Стандарты религиозного права и требования политической целесообразности часто не совпадали и, возможно, именно способность политической власти к урегулированию правовых конфликтов побудила юристов добровольно придерживаться политики игнорирования, а не отрицания. Но как бы то ни было, сущность мусульманской правовой литературы вкупе с отсутствием каких-либо обобщений правовой практики, в значительной мере затрудняет любое исследование. Западная наука может пролить свет на отдельные аспекты данной проблемы, однако познания о границах применения шариата в некоторых сферах в определенный исторический период остаются серьезным пробелом в наших познаниях об истории исламского права.

Из приведенных выше кратких замечаний о природе шариата видно, что классическая исламская юриспруденция была незнакома с концепцией исторического процесса в праве. Истории исламского права в ее западном понимании просто не существовало. Два события, произошедших в XX в., потребовали коренного пересмотра традиционной позиции. Во-первых, Йозеф Шахт⁵ (великодушно признавший первооткрывателем данного подхода выдающегося исламоведа предыдущего поколения Игнаца Гольдциера⁶) сформулировал по большей части неоспоримый тезис об источниках шариата, доказывающий, что классическая теория шариата была результатом сложного исторического процесса, охватывающего период около трех столетий. Дальнейшее развитие данного тезиса западной наукой показало, насколько тесно развитие исламского права было связано с текущими социальными, политическими и экономическими условиями. Во-вторых, образ шариата как жесткой и неизменной системы

⁵ Йозеф Шахт (1902 – 1969 гг.), выдающийся западный арабист и исламовед, профессор Колумбийского университета в Нью-Йорке (прим. пер.).

⁶ Игнац Гольдциер (1850 – 1921 гг.), венгерский исламовед. Наряду с немцем Теодором Нольдеке и голландцем Кристианом Снук Гургонжем считается основателем исламоведческой науки в Европе (прим. пер.).

был полностью развеян событиями последних десятилетий в мусульманском мире. В частности, на Среднем Востоке основы мусульманского семейного права, применяемого судами, были значительно изменены и по большей части успешно адаптированы к нуждам и настроениям общества.

Следовательно, исламская правовая история в реальности существует. Шариат может быть рассмотрен как развивающаяся правовая система, и классическая теория права входит в эту реальную историческую перспективу. Классическая теория шариата представляет собой наивысшую точку исторического развития, закрепившую правовые нормы как неотменяемая воля Аллаха. Две главные черты отличают божественное право от правовых систем, основанных на человеческом разуме. Во-первых, это жесткая система, включающая в себя нормы абсолютной и вечной юридической силы, не изменяемые никакой законодательной властью. Во-вторых, для многих мусульман божественно предопределенный шариат представляет собой единый стандарт поведения в отличие от различных правовых систем, неизбежно появляющихся, когда закон – продукт человеческого разума и зависит от местных условий и нужд конкретного общества. В таком случае, процесс развития исламского права может быть рассмотрен на основе двух критериев – единообразия и жесткости, и при этом подходе историческая эволюция шариата разбивается на три основных этапа: возникновение, расцвет и упадок классической теории исламского права.

В период формирования исламского права с VII по IX вв. по мере развития классической теории различия правовой теории разных регионов распространения ислама были постепенно нивелированы, изменения в шариате ограничены. В X в. веке право превратилось в жесткий шаблон, просуществовавший до XX в. Вполне возможно, что в сферах, не касающихся семейного права, классическая теория права обладала большей гибкостью. Кроме того, между правовыми школа-

ми и отдельными правоведами нет согласия по поводу самой идеи единого шариата. Однако ясно, что появился разрыв между нормами классического права и изменяющимися потребностями мусульманского общества. Там, где шариат не смог приспособиться к местным условиям, продолжало преобладать обычное право, а правомочия нешариатских судов были расширены. Из состояния индифферентности, постепенно переходящего в *rigor mortis*, шариат был пробужден и оживлен правовым модернизмом. Это движение, сравнимое с возрождением права справедливости, бывшего когда-то частью отмирающего средневекового английского общего права, очистило «артерии» шариата от «свернувшейся крови» классического права.

Как утверждают модернисты, шариат может быть приспособлен для современного общественного прогресса. Следовательно, на данном этапе целью является повышение гибкости правовых норм. Адаптация традиционного права обусловлена различными факторами современной жизни и неизбежным результатом является увеличение числа разнообразных норм в законодательстве мусульманских стран.

Фундаментальным является различие между классическим исламским правом и современной мусульманской правовой философией. Согласно классической теории, право установлено свыше и закрепляет вечные ценности, которым должна соответствовать структура государства и общества. В модернистском же понимании право формируется исходя из нужд общества, а его главной функцией является решение социальных проблем. Это различие в широком смысле похоже на конфликт между представителями *jus naturae*⁷ и социологической школы⁸ в западной юриспруденции. Однако в дей-

⁷ Лат. букв. «естественное право» (прим. пер.).

⁸ Социологическая школа права – направление в науке, считающее, что право воплощается не в естественных правах и не в законах, а в реализации законов; право – это не то, что задумано и не то, что записано, а то, что получилось в действительности (прим. пер.).

ствительности исламский правовой модернизм представляет собой интересное сочетание двух позиций. Наиболее подходящим термином для описания современных процессов является понятие «социального управления» (если воспользоваться термином Роско Паунда⁹, ведущего американского представителя школы функционального правоведения). В настоящее время потребности и стремления мусульманского общества не являются единственным определяющим фактором развития права, так как мусульманское общество продолжает жить в пределах норм и принципов, установленных Аллахом. И именно определение границ этих норм и принципов является актуальной задачей правового модернизма.

Таким образом, столкновение жесткого диктата традиционного права с требованиями современного общества создает фундаментальную и принципиальную проблему развития ислама. Если исходить из того, что закон должен сохраниться в прежней форме как выражение божественного повеления и остаться исламским правом, то в реформах, и они ничем не могут быть оправданы. Наоборот, сами реформы должны найти свою правовую основу и надлежащее обоснование в принципах ислама в том виде, в котором последние переданы Аллахом непосредственно пророку Мухаммаду или посредством толкования высказываний пророка. До тех пор, пока классическая теория мусульманского права преобладала, идеям модернизма трудно было найти поддержку в обществе. Следовательно, связь между модернистским подходом и результатами исследований западных востоковедов становится очевидной.

В своей наиболее крайней форме правовой модернизм утверждает, что воля Аллаха никогда не выражалась в правилах настолько всеобъемлющих и жестких, как настаивает клас-

⁹ Роско Паунд (1870-1964 гг.), американский юрист, основатель социологической школы права. В 1916-1936 гг. занимал должность декана Гарвардской юридической школы (прим. пер.).

сическая теория. Наоборот, Аллах определил лишь наиболее общие нормы, допускающие различные трактовки и применяющиеся на практике согласно условиям времени. Как видим, модернизм критически толкует божественное откровение. Обосновать мировоззрение, положившее начало правовому модернизму, позволило то, что западная наука доказала, что шариат является результатом применения божественных заповедей в зависимости от текущих социальных условий, и предоставила в качестве доказательств исторические факты. Если классическую теорию исламского права рассматривать в исторической перспективе как один из этапов эволюции шариата, правовой модернизм перестает выглядеть как радикальное отклонение от установленной единой доктрины и превращается в направление, сохраняющее преемственность в исламской правовой традиции. В этом случае правовой модернизм возвращается к позиции ранних правоведов и обновляет закон, развитие которого было искусственно остановлено, и который пребывал в неизменном состоянии в течение десяти веков.

Из вышеизложенного ясно, насколько для успешного развития модернистского течения в исламском праве важна правильная оценка исторического прогресса шариата. Модернизм набирает силу, приближается новая эра мусульманского законоведения, и история исламского права становится жизненно необходима. Современный мусульманский юрист не может позволить себе быть плохим историком.

ЧАСТЬ ПЕРВАЯ

ВОЗНИКНОВЕНИЕ ШАРИАТА

Глава 1

Кораническое законодательство

«Повинуйтесь Аллаху и Его Пророку». В этом велении Корана заключается величайшее нововведение, привнесенное исламом в аравийское общество – появление новой верховной власти, обладающей правом издания законов.

До возникновения ислама основой арабского общества было племя – группа кровных родственников, происходивших от общего предка. Именно племени, а не его формальному лидеру, человек клялся в верности, и именно в племени он мог защитить свои интересы. Изгнанник, тот, кому не посчастливилось оказаться за пределами коллективной ответственности и безопасности, находился «вне закона» в полном понимании этого слова. Его шансы на выживание были невелики, пока ему не разрешали присоединиться к племени посредством усыновления или приема в семью, известного как *вала*.

Племени принадлежало исключительное право определять правила, по которым должны были жить его члены. Однако в данном случае племя рассматривается не только как группа, состоящая из действующих в настоящий момент представителей, а как историческая общность, охватывающая прошлые, настоящие и будущие поколения. Такой подход является основой для признания обычного права. Племя было связано системой *неписаных* правил, возникших в процессе исторического развития самого племени как проявление его духа и отличительных особенностей. Ни *шейх* племени, ни какое-либо общее собрание племени не имели полномочий для изменения системы обычаев. Изменения традиционных

норм, неизбежно происходившие со временем, могли быть инициированы отдельными членами племени, однако единственным источником изменений являлась воля всего племени. Изменения в обычаях не обретали законной силы до тех пор, пока не были утверждены всем сообществом.

Неудивительно, что при отсутствии какой-либо законодательной власти не существовало и официальных судебных учреждений. Исполнение закона возлагалось на человека, которому был нанесен вред. Честь племени требовала разрешать межплеменные споры силой оружия, тогда так внутриплеменные вопросы обычно подлежали рассмотрению третейским судом. И вновь последняя функция не осуществлялась специально уполномоченными должностными лицами. Для каждого отдельного случая судья (*хакам*) избирался сторонами спора. Часто им становился *кахин* – священнослужитель языческого культа, прибегавший к помощи сверхъестественных сил.

Приведенное описание первобытного племенного права Аравии VI в. является обобщенным и применимым ко всем племенам, за исключением населения Мекки и Медины. В Мекке, месте рождения Пророка Мухаммада и процветающем торговом центре, существовало отдельное торговое право, в то время как в Медине, где население занималось сельским хозяйством, знали лишь первичные формы землевладения. Более того, в Мекке, по-видимому, существовали зачатки системы правосудия. Для рассмотрения дел о выплате компенсации за убийство или нанесение ран назначались общественные судьи и другие должностные лица. Однако в обоих городах, также, как и среди племен бедуинов, единственной основой права являлась установленная практика, т.е. обычай.

В 622 г. в Медине появилась мусульманская община. Арабские племенные объединения и отдельные племена признали Мухаммада Пророком и Посланником Аллаха, провозгласив

мединскую умму и последователей Мухаммада из Мекки обществом новой формации в рамках единой религии, выходящей за пределы племенных связей. По мере того, как община под руководством Мухаммада постепенно обретала политическую и законодательную независимость, воля Аллаха, переданная им в откровениях Корана, стала заменять племенные обычаи в различных сферах. Целью данной главы является изучение природы и содержания правовых норм Корана и их влияния на форму и содержание существовавшего в арабском обществе VII века обычного права.

В эволюции человеческого общества процесс изменения законодательства занимает далеко не первое место. Право предполагает существование общепризнанного стандарта поведения, превращая данный стандарт поведения в права и обязанности и обеспечивая правовую защиту в случае нарушения установленных норм. Следовательно, вполне естественным является то, что переданное Пророком религиозное послание, целью которого было создание определенных норм поведения для мусульманской общины, предшествует роли Мухаммада как политического законодателя, как по времени, так и по значению. Соответственно правовое содержание Корана главным образом заключается в наиболее общих положениях о том, какими должны быть цели и устремления мусульманского общества. По сути это обобщенные формулировки исламской религиозной этики.

Большинство положений, лежащих в основе этики цивилизованного общества, находят свое выражение в Коране. Сострадание к низшим слоям населения, честность и добросовестность в торговых сделках, неподкупность правосудия рассматриваются как желательные нормы поведения без оформления их в систему прав и обязанностей. То же относится к содержанию многих более конкретных, собственно исламских заповедей. К таким правилам относятся осуждение ростовщичества (*риба*) и употребления вина, называемые за-

претными деяниями (*харам*). Однако в Коране не содержится никаких намеков на случаи применения права. Употребление вина начали рассматривать как уголовное преступление и карать за его совершение поркой позднее, а ростовщичество первоначально было объектом сугубо гражданского права, где подобная сделка являлась видом незаконного договора, не подлежащего исполнению. Это ясно показывает различие между религиозным пророком и политическим законодателем. Хотя обоих заботят последствия деяний или нарушений, в то же время законодатель рассматривает данные отношения с точки зрения правовых санкций, налагаемых государственными учреждениями, а пророк рассматривает их как следование добродетели или проступок перед Богом. Максимально возможным наказанием за нарушение предписаний Корана всегда является гнев Аллаха. Например, Коран говорит о том, что те, кто несправедливо используют имущество сирот, «пожирают в своем чреве огонь, и будут они гореть в пламени». Если политическое законодательство рассматривает социальные проблемы с точки зрения влияния поведения человека на соседа или на общество в целом, религиозное право выходит за эти рамки, апеллируя к совести и вечной душе нарушителя. В конце концов, первоочередной целью Корана является регулирование отношений человека с Создателем, а не отношения человека с себе подобными.

Из-за того, что кораническое законодательство по содержанию является преимущественно этическим, правил правового характера в Коране не так много. Правовые нормы содержатся примерно в 600 стихах, и большая часть из них относится к религиозным обязательствам и ритуальной практике: молитве, посту и паломничеству. Не более восьми стихов регулируют вопросы правового характера в подлинном смысле слова. Первые нормы для мусульманской общины закреплены в короткой и простой форме – так же, как это имело место в римском праве в Законах двенадцати таблиц. Но, в

отличие от Законов двенадцати таблиц, Коран не делает попытки охватить, даже в самой простой форме, все основные элементы существующих правоотношений. Хотя нормы Корана, наиболее подходящие под нормы права, регулируют самые разнообразные вопросы, начиная с одежды женщин и раздела военных трофеев и заканчивая запретом свинины и наказанием плетьюми за прелюбодеяние. Они часто имеют форму решений *ad hoc*¹⁰ и являются попыткой урегулировать общие вопросы комплексно.

Возможно, такая прецедентная природа права является естественным следствием обстоятельств, в которых был ниспослан Коран. Редакция Корана, появившаяся в течение нескольких лет после смерти Пророка, представляет собой сборник коротких посланий, полученных Пророком в разное время и в разных местах на протяжении всей его жизни. Насколько можно судить по стихам правового характера – на протяжении десяти лет жизни Пророка в Медине. Примером нормы, призванной удовлетворить текущие потребности, можно назвать стих, запрещающий доисламский обычай усыновления¹¹, согласно которому усыновленный ребенок имел статус собственного ребенка усыновителя. Данная норма позволила урегулировать противоречия, которые возникли после женитьбы Пророка на разведенной жене своего приемного сына Зайда. Точно также стихи Корана, которые устанавливают наказания в виде 80 ударов плетьюми за ложное обвинение во внебрачных связях (*кадф*), были ниспосланы после обвинений жены Пророка Айши в прелюбодеянии.

Действительно, в Коране уделяется много времени рассмотрению отдельных вопросов. Однако и здесь нет всеобъемлющего характера изложения. Это легко объясняется тем, что возникавшие проблемы привели к появлению ряда норм

¹⁰ Лат. букв. «по случаю». Имеются в виду решения, принимаемые по конкретному случаю (прецеденты) (прим. пер.).

¹¹ Коран, сура 33, стих 37.

по одному предмету, разрозненных по времени и содержанию. Все это, будучи объединено в Коране, приобрело некоторое сходство с детальным регулированием. Вне всяких сомнений, наиболее разработанным вопросом, являющимся предметом гордости в коранических законах, является правовой статус женщин, особенно замужних. Правила о браке и разводе многочисленны и разнообразны и, с точки зрения их общей направленности на улучшение положения женщин, в некоторой степени представляют собой наиболее радикальную реформу арабского обычного права, отраженного в Коране. По этому поводу можно отметить два замечательных правила.

Коран велит, что женщина, вступая в брак, должна получить брачный выкуп (*махр*) от мужа. Несмотря на то, что выплаты жене иногда имели место и до возникновения ислама, основной формой брака в обычном праве арабских племен была продажа женщины ее отцом или иным родственником мужского пола, получавшим покупную цену от мужа как продавец. Целью вышеуказанной нормы Корана является превращение жены из предмета купли-продажи в участницу договора, которая в обмен на предоставляемое ею мужу право половой жизни с собой уполномочивается получить соответствующую компенсацию в виде приданого. Таким образом, с этого момента она обладает правовым статусом, ранее ей не предоставлявшимся.

В правилах о разводе главное нововведение Корана заключается во введении периода ожидания (*идда*). До возникновения ислама муж считался разведенным с женой с момента уведомления ее о разводе. Развод с женой (*талак*) как право, естественным образом вытекающее из его статуса покупателя, рассматривался как немедленное и необратимое прекращение брачных отношений. Теперь же Коран приостановил вступление в силу последствий развода до истечения периода ожидания, который длится до момента, когда у жены завер-

шатся три менструальных цикла, или, если она оказывалась беременной, до рождения ребенка. Основываясь на содержании самого Корана, указанный временной промежуток в первую очередь направлен на то, чтобы обеспечить возможность примирения супругов и предоставить жене право получать материальную поддержку от мужа на протяжении этого периода.

Очевидно, что подобные реформы направлены на улучшение положения жены. Однако они затрагивают отдельные аспекты брачных отношений, не пытаясь создать новую систему семейного права или изменить принципы существующих обычаев. Брак остается договором, в соответствии с которым муж, как своего рода покупатель, занимает доминирующее положение. Он также сохраняет право (которое, как было уже показано, естественным образом следует из концепции брака как договора купли-продажи) в одностороннем порядке расторгнуть брак. «Мужчины являются опекунами над женщинами, – говорит Коран, – на основании ... имущества, которое они предоставили» (т.е. на основании приданого и материальной поддержки). Но с этого момента эта патриархальная структура общества подвергается растущему влиянию этических норм справедливого отношения к женщинам. Часто повторяемое утверждение, что следует «содержать жен справедливо или отпустить их с добротой», находит свое выражение в нормах, смягчающих для женщин строгие обычаи арабского общества и исключаящих их самые суровые проявления. Таким образом, предписания Корана скорее изменяют отдельные аспекты существующего обычного права, чем полностью заменяют последнее.

Возможно наилучшей иллюстрацией различных аспектов коранических норм, рассматриваемых нами, являются нормы о наследовании. В доисламский период правила наследования были направлены на объединение сил племени для участия в межплеменных войнах. Патриархальное по сво-

ей структуре племя формировалась из тех, кто вел свой род от общего предка исключительно по мужской линии¹². Соответственно для того, чтобы удержать имущество внутри племени, право наследования было отдано родственникам мужского пола по отцовской линии (*асаба*) умершего. Более того, единственным наследником становился ближайший родственник мужского пола по отцовской линии на основании преимущественного права, предоставляемого фактом происхождения из рода умершего. Затем следовали его отец, его братья и их потомки, дед по отцовской линии, дяди и их потомки. Хотя существуют сведения о том, что имущество иногда отдавалось в дар близким родственникам (например, родителям и дочерям, тем самым исключая наследование), общим правилом было то, что женщины не имели права наследовать. Права наследования были лишены младшие дети, предположительно на том основании, что они не способны участвовать в военных действиях.

Первым упоминанием вопроса о наследовании в Коране является повеление этического характера, запрещающее умирающему человеку «передать имущество в дар своим родителям и потомству». Данная норма закрепляет систему наследования только родственниками мужского пола по отцовской линии и, кроме того, признает право наследования родственников женского пола. Таким образом, она отражает переход под влиянием ислама от общества, основанного на кровных отношениях, к обществу, основанному на общей религии. В этом новом обществе отдельная семья заменила племя в качестве основной ее ячейки¹³.

¹² Необходимо отметить, что здесь не учитываются сложности, которые возникают из очевидного существования во время Мухаммада остаточных элементов наследования по материнской линии. Cf. W. Montgomery Watt, *Muhammad at Medina* (Oxford, 1956), 378 ff., 292.

¹³ Подробнее см. Г. Бергштрассер (G. Bergsträsser), чьи наблюдения в его *Grundzüge des islamischen Rechts* (Berlin, 1935) во многом предвосхитили картину ранней исламской правовой истории, представленной теперь западной наукой, рассматривающей распад племенной организации как главную политическую цель Мухаммада.

Однако дальнейшие обстоятельства привели к преобразованию вышеуказанного общего повеления в более определенное и прагматичное правило. В связи с гибелью многих мусульман в битвах против неверных, в ряде откровений Корана определены доли имущества умершего, наследуемые его родственниками. Из девяти указанных родственников шесть – женского пола (жена, мать, дочь; родная, единокровная и единоутробная сестры). Трое оставшихся родственников являются родственниками мужского пола, которые никогда бы не смогли наследовать по обычному праву (т.е. муж и единоутробный брат) или были бы исключены из наследников ближайшим родственником по отцовской линии (т.е. отец, который не наследовал при наличии сына умершего). Хотя в Коране не признается право на наследство родственников мужского пола по отцовской линии, но вводится правило, что в случае наличия у умершего сыновей и дочерей, доля сына должна быть в два раза больше доли дочери. Такой же принцип применяется в случае, когда после умершего наследуют его братья и сестры. В этом случае, очевидным намерением Мухаммада является не полная ликвидация системы наследования по отцовской линии, а всего лишь ее изменение с целью улучшения положения родственников женского пола, добавляя к наследникам мужского пола по отцовской линии дополнительный ряд наследников. И вновь нормы Корана дополняют, но не заменяют существующее обычное право.

Для тех, кому предстояло прожить свою жизнь в соответствии с велениями Аллаха, в Коране нет простого и четкого свода норм. Как правовой документ, Коран является источником множества проблем, однако в данный момент нас не интересуют многочисленные и сложные вопросы толкования Корана и точное следование ему. Это должно стать предметом исследования более поздних и более искушенных поколений мусульманских ученых. Но существовали две ос-

новные проблемы, которые должны были беспокоить современников Пророка.

В первую очередь, это вопрос о влиянии этических стандартов, закрепленных в Коране, на практическую сторону жизни общины. К примеру, было запрещено ростовщичество. Однако едва ли слишком цинично предполагать, что возможный кредитор или должник могли быть не меньше заинтересованы в последствиях совершаемых ими сделок, затрагивающих их собственное личное или имущественное положение, чем перспективой осуждения на вечные муки¹⁴.

В некоторых случаях применение этических норм было очевидно. Например, по поводу убийства и нанесения физических увечий в Коране закреплена норма справедливого возмездия по принципу «глаз за глаз и жизнь за жизнь». В доисламском обычном праве была распространена первобытная система частного правосудия, в которой преобладала идея мести. Убийство члена племени должно было быть отомщено посредством нанесения равного ущерба племени преступника, несшего коллективную ответственность за деяния одного из своих членов. До тех пор, пока ущерб не был отомщен в соизмеримой степени, душа умершей жертвы не могла успокоиться в загробном мире. Из-за того, что обычной практикой для племени было завышение ценности потерянного соплеменника, у другого племени могли потребовать две или более человеческих жизней в качестве компенсации за одного убитого. Коранический принцип радикально изменил практику в отношении посягательств на жизнь человека. С этого момента только одна жизнь – жизнь самого убийцы – должна была быть отнята за жизнь жертвы, и данное отличие от обычного права отмечено изменением терминологии. Термин *та'р* (кровная месть) заменяется термином *кисас*

¹⁴ Конечно, запрет риба был отчасти анти-иудейской мерой. Ср. Шахт (Schacht), статья «Риба» (Riba) в *Encyclopaedia of Islam, first edition*; Watt, Muhammad at Medina, 296 и далее.

(справедливое возмездие). И вновь необходимо отметить, что основная структура существовавшего обычного права не изменилась. Убийство осталось правонарушением, которое подпадает скорее под категорию гражданских дел, чем рассматривается как посягательство на общественные интересы или преступление, так как родственники жертвы имеют право требовать возмездия, соглашаться на материальную компенсацию или простить преступника. Убийство является делом частного правосудия, однако с этого момента оно должно осуществляться в соответствии с моральным принципом справедливого и конкретного воздаяния за понесенную утрату, а принцип «жизнь за жизнь» следует из более широкого религиозного принципа о том, что все мусульмане равны перед Аллахом.

Однако применение норм Корана в отношении убийства было всегда слишком очевидно. Кораном разрешено многоженство, ограниченное возможностью иметь одновременно до четырех жен, но вместе с этим мужья обязаны обращаться с женами справедливо и не вступать в брак с более чем одной женой в случае, если они могут оказаться неспособными их содержать. Закрепляет ли данная норма правовые условия полигамного брака, и если да, то какой является ответственность за ее нарушение? Или обязательство о равном обращении с женами является нормой этического характера для мужа? Ответы на эти и подобные вопросы скоро потребуются дать мусульманским юристам, чьей задачей было применение божественного закона на практике.

Вторая и более очевидная проблема возникает из-за пробелов в системе норм Корана. В Коране не освещены многие правовые вопросы. Для ранней мусульманской общины это не создавало трудностей ввиду того, что в данных сферах продолжало действовать обычное право. Распространенной практикой в развитии права, как и в случае с Кораном, является то, что по умолчанию *status quo* существует до тех пор,

пока пробелы не будут заполнены. Кроме того, нормы Корана по отдельным вопросам могут быть чрезвычайно рудиментарны. Например, в Коране присутствует неоднократно повторяемое повеление об уплате милостыни нуждающимся (*закат*) в том размере, который человек может себе позволить. Естественно, что простые правила наподобие этого перестали отвечать требованиям общества по мере его развития и позднее превратились в тщательно проработанную систему налогообложения, в которой предусматривались сумма, подлежащая оплате, налогооблагаемое имущество и порядок получения налога выгодополучателями. Однако в нашем понимании данный факт не создает пробел в системе норм Корана. Тем не менее, по отдельным вопросам в нем даны новые нормы, правда, не до конца сформулированные. Хорошим примером являются обсуждавшиеся ранее правила наследования. Хотя норма запрета дарения в пользу ближайших родственников была ранее уже вытеснена системой заранее определенных долей, возник очевидный и на тот момент безответный вопрос: сохраняется ли возможность составления завещания, и если такая возможность сохраняется, то кто и до каких пределов имеет право наследовать по завещанию?

То, как этот пробел был восполнен, и как разрешались иные упоминавшиеся нами проблемы, будет изложено в последующих главах. Здесь же мы попытались рассмотреть Коран как правовой документ и показать, что в нем не дается решение всех правовых проблем устройства мусульманского общества. Несмотря на закрепление принципа о том, что Аллах является единственным законодателем, и его повеление должно иметь наивысшую силу над всеми сторонами жизни, божественная воля не была выражена в виде полного и всеобъемлющего кодекса мусульманской общины. Дальнейшие процессы покажут, что коранические принципы формируют лишь преамбулу к исламскому кодексу поведения, который необходимыми элементами снабдили последующие поколения.

Глава 2

Правовая практика в первом веке ислама

В период до 750 г. н.э. маленькая исламская религиозная община превратилась в огромную военную империю, угрожавшую с одной стороны границам католического христианства у Пиренеев, а с другой – достигшую северных рубежей индийского полуострова. В течение одного столетия исламская империя включила в себя великое разнообразие рас, культур и религий; ее власть распространилась и на территории, ранее бывшие под управлением высокоразвитых цивилизаций Византии и Персии, и территории, населенные гораздо менее цивилизованными сообществами арабов и берберских племен в Северной Африке. Нетрудно представить организационные проблемы, с которыми столкнулись арабские правители в результате военных завоеваний и связанных с ними беспорядков социального и экономического характера. Ислам в данный период также был подвержен внутренним политическим разногласиям, ибо споры о наследовании власти привели к гражданской войне, серии бунтов и образованию политических фракций, враждебных центральной власти. Все это предопределило направление развития права в первый век существования ислама.

Мухаммад идеально справлялся с урегулированием споров. Последующие поколения приписывали ему огромное количество правовых решений, дополняющих Коран, и объем этих решений являлся предметом величайших споров в ранний период истории исламского права. Однако этот вопрос будет рассмотрен более подробно позже. Достаточно сказать, что Мухаммад столкнулся с разнообразными правовыми проблемами в течение периода своего правления в Медине, особенно обусловленными текстом самого Корана. Обращение к священнослужителю языческого культа (*кахину*) было в Коране запрещено, и Мухаммад занял место верховного судьи,

обладающего полномочиями толковать и объяснять основные нормы божественного откровения.

Достаточно привести один пример из решений Мухаммада подобного характера. По вопросу наследования в Коране введено радикальное, но двусмысленное нововведение. Ряд решений Мухаммада прояснил ситуацию. Во-первых, связь между новыми наследниками, названными в Коране, и старыми наследниками по обычному праву была установлена посредством простого правила о том, что наследники по Корану должны первыми получать свою долю, а оставшееся имущество должно переходить ближайшему родственнику из *асаба*. Во-вторых, Мухаммад разъяснил, что основная часть имущества должна обязательно наследоваться по указанной схеме с одновременным ограничением завещательного права до одной трети стоимости имущества. В итоге принцип неизменности обязательных долей законных наследников был закреплен в правиле: «Запрещается дарить в пользу наследника».

Нормы подобного рода дали начало развитию права из этических принципов, содержащихся в Коране. Однако Мухаммад не сделал попытки разработать что-либо наподобие правового кодекса. Он лишь ограничился решениями *ad hoc* по мере появления проблем.

На протяжении примерно тридцати лет после смерти Мухаммада в 632 г. Медина оставалась центром мусульманской жизни. Именно тогда чрезвычайно важным стал вопрос о преемственности власти после Мухаммада. Вполне естественно, что влияние людей, тесно связанных с Пророком, возросло. В итоге должность *халифа* (преемника Пророка) поочередно занимали четыре наиболее близких сподвижника Мухаммада: Абу-Бакр, Умар, Усман и Али.

В это время успешные военные походы мусульман позволили вытеснить византийские войска из Сирии и Египта, захватить Персию, что привело к возникновению новых проблем

для первых халифов. Умар в 641 г. учредил *диван* (учреждение по учету платежей) для организации распределения жалования, что позволило приписать ему создание основ налоговой системы. Точно также его решение о сохранении завоеванных территорий в управлении всей мусульманской общины с одновременным взысканием земельного налога (*харадж*) с владельца земли, вместо раздела земли между воинами, создало новый принцип землевладения. Однако главной заботой правителей оставалась внутренняя организация жизни мусульманской общины.

На халифов и их советников легла обязанность дальнейшего претворения в жизнь норм Корана в соответствии с решениями Пророка. И вновь примеры подобной деятельности можно легко обнаружить в сфере наследования. Легко объяснимо, почему данной отрасли права должно было уделяться в Медине столько внимания. Новый коранический порядок наследования представлял собой переход от племенного общества к обществу, в котором отдельная семья стала главной ячейкой общества, и в котором признавались права не только родственников мужского пола по отцовской линии, но и иных родственников. Таким образом, можно прийти к выводу, что возникающие проблемы заключались в противоречиях между старым и новым порядками. Более того, решение проблем наследования имело практическую необходимость, так как возрастающий приток военной добычи в казну вел к правовым спорам в случае смерти собственника недавно добытых богатств, и эти споры могли быть урегулированы только распределением имущества среди наследников.

Имя Али связано с решением о пропорциональном уменьшении долей наследников, установленных Кораном, в случае, если это способствовало примирению всех наследников. Подобные обстоятельства сложились в деле, известном как «*Минбариййа*» («Дело, рассмотренное во время проповеди»). В ходе проповеди в мечети Али был прерван просителем от

общины с вопросом о том, что произошло бы с долей женщины (доля в наследстве $1/8$) в случае, когда после ее умершего мужа также остались две дочери ($2/3$), его отец ($1/6$) и мать ($1/6$). Али, как говорят, без всяких сомнений ответил: «Одна восьмая жены становится одной девятой». Конечно, доли остальных родственников уменьшались в соответствующей пропорции.

Что касается других проблем и других судей – там решение не достигалось так легко. В случае, когда умершего пережили только его бабки по отцовской и материнской линиям, Абу Бакр присудил все имущество в первую очередь бабке по материнской линии – возможно, на основании того, что, поскольку в Коране нет конкретного упоминания бабушек, мать матери, но не мать отца, может считаться матерью умершего. Но когда Абд-ар-Рахман ибн Сал поднял вопрос о справедливости и указал, что человек, после которого умерший мог бы наследовать как имеющий общих предков по отцовской линии, был исключен, и всё отдали человеку, после которого умерший, будучи сыном дочери, никогда не смог бы наследовать, Абу Бакр пересмотрел свое решение и присудил обоим бабкам равные доли.

Возможно, наилучшим примером конфликта между старым и новым порядками наследования является известное дело «Химариййа» («Дело об осле»). Умершая оставила после себя мужа, мать, двух полнокровных и двух единоутробных братьев. Умар, в соответствии с правилами Корана об обязательных наследниках, выделил мужу 2 доли, матери – 6 долей, и единоутробным братьям – 3 доли, таким образом распределив все имущество без остатка и ничего не оставив нисходящим наследникам – единокровным братьям. Последнее, несмотря на их энергичные протесты и заявления об их преимуществе как наследников по отцовской линии, а также горькие жалобы на вытеснение полукровками по материнской линии, были вынуждены остаться ни с чем. В связи с

отсутствием спора о правах мужа и матери умершей, разногласия вылились в спор о наследстве между наследниками по старому обычному праву и новыми наследниками по Корану, в котором Умар предпочел поддержать последних. Тем не менее, полнокровные братья позднее обжаловали решение на основании того, что они находились в точно такой же родственной связи, поскольку происходили от одной матери с умершей. Последний факт, утверждали они, как раз послужил основанием для наследования единоутробными братьями. Согласившись с логичностью данного аргумента, Умар позволил им наследовать в равных долях с единоутробными братьями в пределах трех долей. Дело получило свое название от способа доказательства, к которому прибегли полнокровные братья при обосновании своей причастности к единоутробным братьям, тем самым исключив свое родство по отцовской линии. «Представь, – сказали они, – что наш отец не принимается в расчет. Считай его ослом (*химар*)».

Исходя из того, что халифы Абу-Бакр и Умар охотно принимали советы других, становится очевидным, что право толкования норм Корана не было привилегией особого государственного учреждения, а могло осуществляться каждым достаточно благочестивым, по мнению общества, человеком. Бывший секретарь Мухаммада Зайд ибн Танит был одним из тех, чье имя часто ассоциируется с решением арифметических задач по наследственному праву. Поскольку теперь халифы отчасти пользовались если не религиозным, то политическим авторитетом Пророка, к ним естественно стали относиться как к высококвалифицированным судьям. Однако нет оснований полагать, что другие близкие сподвижники Мухаммада не могли исполнять роль судей, так как существовала традиция самостоятельного избрания третейского судьи сторонами для решения спора.

Разумеется, халифы обладали исключительным правом издания законов – правом, предусмотренным стихом Корана:

«Повинуйтесь Аллаху и повинуйтесь Посланнику и обладателям власти среди вас». Данное право, по-видимому, изредка применялось в Мединский период при дополнении Корана, например, при установлении наказания за употребление вина. Очевидно, наказание в сорок ударов плетью было определено Абу-Бакром, и позже в восемьдесят – решениями Умара и Али. Умар и Али проводили примерную аналогию с преступлением *кадф* (ложное обвинение в супружеской неверности), за которое подобное наказание предусмотрено в Коране. И вновь обстоятельства со всей ясностью потребовали урегулирования отношений, находящихся за рамками предписаний Корана. Уже упоминалось налоговое право, введенное Умаром. Политическая власть была использована в интересах общественной безопасности при определении правовых норм квалификации криминальных проявлений и наказаний за них. Однако точный характер и масштаб деятельности законодателя в указанный период остаются неизвестными.

В результате, на протяжении Мединского периода принципы коранического права разрабатывались Пророком и его преемниками в пределах, требовавшихся для разрешения текущих проблем мусульманской общины в Медине. Дело «Химариййа» олицетворяет собой подобный компромисс, когда население, тесно связанное со своими традиционными ценностями, столкнулось с требованиями новой религии.

В это время произошли события, внесшие значительные изменения в характер ислама. По мере того, как военные завоевания приводили к росту политической власти, сила и влияние ислама как религии начали убывать, и старые арабские традиции вновь заявили о себе. После признания халифом Муавии в 661 г. и основания династии Омейядов представители старой знати с нетерпением принялись за решение задачи объединения огромных приобретенных территорий. Правители халифата из своей новой резиденции в Дамаске

осуществляли свою власть от имени ислама. Однако если мединские халифы были служителями религии, то Омейяды были ее хозяевами. Дамаск стал центром управления делами завоеванных провинций и их населением (как арабами, так и местными жителями). Это привело к развитию права в таких масштабах, что в сравнении с ними Мединский период кажется незначительным.

Основной политикой Омейядов было сохранение существующей административной системы в провинциях. Естественно, деятельность Омейядов привела к заимствованию многих правовых принципов и институтов иностранного происхождения. Правовой статус немусульман в исламе по большей части был разработан на основе законов о правовом положении неграждан в Восточной Римской империи. В соответствии с договором *дхимма*, повторившим идею *fides*¹⁵ в римском праве, иудейская и христианская общины (*дхиммии*) платили подушный налог за предоставление защиты и сохранение права находиться под юрисдикцией своих собственных религиозных законов, осуществляемых раввинскими и церковными судами. Хотя основы подобной политики были заложены ранее, детальное регулирование правового положения *дхиммиев* стало результатом деятельности Омейядов¹⁶. Точно так же они развили и систематизировали налоговое законодательство, установленное Умаром.

Особым государственным институтом, перенятым династией Омейядов, была византийская должность надзирателя за рынками – *agronomos*. Данное должностное лицо, носящее арабский эквивалент своего титула *амиль ас-сук*, обладало ограниченными полномочиями по контролю мер и весов, используемых на рынках, и рассматривало дела о совершаемых

¹⁵ Лат. букв. «добрые нравы», «доверие» (прим. пер.).

¹⁶ Для всеобъемлющей оценки исторического развития права, касающегося *дхиммиев*, и его детального анализа см. Antoine Fattal, *Le Statut légal des non-Musulmans en Pays d' Islam* (Beirut, 1958).

на рынках мелких правонарушениях. В более позднее время его наделили сугубо исламской функцией *хисба* – обязанностью по поддержанию определенных стандартов религиозной морали. Соответственно, теперь он именовался *мухтасиб*, однако все еще сохранял за собой полномочия по надзору за рынками как дань исторической традиции.

Подобное заимствование существовавшего ранее административного механизма естественным образом открыло путь к более широкой рецепции иностранных элементов в соответствующие отрасли права. Из-за отсутствия источников этого периода нет возможности определить точную степень влияния, но оно должно было быть значительным. Начиная с правовой терминологии (к примеру, термин *тадлис*, состоящий из корневых согласных «д», «л», «с» и обозначающий сокрытие недостатков продаваемого товара, является арабизированной формой слова *doloſ* из византийского греческого языка) и заканчивая такой важной составляющей имущественного права, как вакф (религиозный или благотворительный траст¹⁷), так как данный институт в основном происходит из византийской системы *piae causae*¹⁸. На протяжении всего омейядского периода принципы и нормы иностранного права (законодательство Сасанидской Персии и римское право) постепенно вошли в правовую практику настолько, что мусульманская юриспруденция середины VIII в. могла воспринимать их как само собой разумеющиеся с момента, когда сведения об их происхождении были утеряны.

¹⁷ Траст (англ. букв. «доверие») – доверительная собственность в англосаксонском общем праве; система отношений, при которой имущество, первоначально принадлежащее учредителю, передается в распоряжение доверительного собственника (управляющего или попечителя), но доход с него получают выгодоприобретатели (бенефициары). Имущество траста не принадлежит ни учредителю (он теряет право собственности на него с момента передачи имущества управляющему), ни управляющему (он только управляет этим имуществом и является формальным держателем титула на имущество), ни бенефициарам до даты прекращения траста (прим. пер.).

¹⁸ Лат. «благотворительные учреждения» (прим. пер.).

В состав созданной правлением Омейядов армии чиновников входил *кади*, особый судья. Как и другие чиновники, он был представителем местного правителя, главной обязанностью которого было разрешение споров, так как старая система, когда судьи назначались *ad hoc*, не могла обеспечить достаточной эффективности управления. Однако вначале функции *кадия* являлись лишь частью административной работы, и практически всегда случайными¹⁹. В ранний период *кадием* мог быть и начальник полиции, и главный казначей. В 717 г. н.э. египетский *кадий* Ияд одновременно являлся должностным лицом, ответственным за зернохранилища. По-видимому, к концу периода правления Омейядов появились *кадии*, занятые исключительно осуществлением правосудия. Потеря универсальности обусловила появление профессиональной гордости *кадиев*. Хаир ибн Нуайм, после периода пребывания в должности *кадия* в Египте, был назначен на должность чиновника в государственном архиве. После повторного назначения *кадием* он отказался осуществлять правосудие по делу, порученному ему правителем Абд-аль-Маликом ибн Марваном. Последний так ответил на отказ: «Возможно ты зол на нас за то, что мы назначили тебя писарем после твоего пребывания в должности *кадия*». Хаир ибн Нуайм отказался продолжать работу судьи, когда наместник вмешался в судопроизводство с целью освободить воина, обвиненного в клевете и помещенного в тюрьму до получения дополнительных доказательств. Хаир ибн Нуайм также занимал должность *касса* (*касс* – учитель религиозных заповедей и религиозной практики). *Кадии* часто назначались на данную должность и, похоже, всеми уважаемый Хаир ибн

¹⁹ Лучшим отчетом о *кадиях* раннего периода, хотя и ограниченным *кадиями* Египта, является отчет аль-Кинди, «Правители и судьи Египта», арабский текст отредактирован Рувеном Гестом (Rhuvon Guest) в 1912 г., Gibb Memorial Series, XIX. Многие особенности правовой практики, которые приводятся в этой главе, взяты из этой работы.

Нуайм рассматривал ее как достойную и подходящую должность для судьи.

Конечно, *кадии* были связаны решениями власти как чиновники, подчиняющиеся вышестоящему начальству. Отдававшиеся им приказы имели, как правило, административный характер. Так, Муавия, в бытность фактическим правителем Египта в 657 г., повелел, чтобы выплата компенсации, налагаемой в случаях нанесения увечий или насилия, производилась финансовым чиновником путем необходимых вычетов из средств, причитающихся племени виновного лица, по частям в течение трех лет. Кроме того, есть несколько установленных случаев, когда судьи просили и получали советы по вопросам права от представителей правящей власти. Однако, по-видимому, Омейядские халифы и наместники были вполне удовлетворены сохранением подобных дел в ведении *кадиев*. В результате единообразия, преобладавшее в сфере находившегося под управлением центральной власти публичного права (например, в финансовом праве и правовом статусе немусульманских общин) соседствовало с разнообразием в частном праве.

Существовали две главные причины подобного разнообразия. Во-первых, работа *кадия* в основном характеризовалась применением местного права, значительно различавшегося на территориях распространения ислама. Община в Медине, к примеру, оставалась верной традиционным принципам арабского племенного права, в соответствии с которым принятие решения о заключении брачного союза было привилегией членов семьи мужского пола. Таким образом, ни одна женщина не могла заключить брак по своему желанию и выдавалась замуж только своим опекуном. С другой стороны, в иракском городе Куфа, первоначально основанном как военный лагерь, смешение различных этнических групп при преобладании персидского окружения создавало многонациональную среду, чуждую стандартам поведения, принятым в

племенном обществе. Женщины занимали более высокое положение и, в частности, обладали правом заключения брачного договора по собственной воле без вмешательства своего опекуна²⁰.

Второй причиной разнообразия в праве периода Омейядов был простой факт того, что право отдельного судьи вершить правосудие на основе своего собственного личного мнения (*ра'й*) было ничем не ограничено. Власти не проводили политики унификации, не существовало иерархии и подчинения вышестоящим судам, решения которых могли бы создать единство в правовой системе. Коранические законы также не содержали принципов унификации. Нормы Корана применялись только при оценке уровня знаний и благочестия отдельного судьи. Но даже для благочестивых *кадиев* толкование норм Корана было большей частью делом личной проницательности, так что, за исключением основных и простых правил, их правоприменение скорее дополняло, чем исключало, повсеместное разнообразие в правовой практике. Данный факт может быть проиллюстрирован двумя примерами из законов о браке и разводе.

Первое рассматриваемое дело стало результатом неопределенности в самом тексте Корана. Один из вариантов прочтения коранической нормы, существовавший в ранний период ислама, касался прав окончательно разведенной жены в период ее *идда* («периода ожидания»). Хотя адресованный мужьям официальный текст Корана (сура 65, стих 6) гласит: «Поселяйте их там, где вы сами поселились по вашему достатку», текст, переданный видным сподвижником Пророка Ибн-Масудом, жившим в Куфе, содержал дополнительные слова: «Поселяйте их там, где вы сами поселились и несите расходы на их содержание...»²¹. Соответственно юриди-

²⁰ См. R. Brunshvig, «*Considérations sociologiques sur le droit musulman ancien*», *Studia Islamica*, Fasc. III (1956).

²¹ Schacht, *Origins*, 225.

ческой практикой Куфы такой разведенной жене предоставлялось полное содержание на протяжении периода *идда*, в то время как во всех иных местностях она обладала только правом проживать в доме мужа.

Второй пример демонстрирует различие мнений среди судей одной местности по вопросу точного применения общей моральной нормы Корана. Стихи Корана²² побуждают мужей справедливо обращаться со своими разведенными женами. Ибн-Худжайра, *кадий* Египта в 688 – 702 гг., рассматривал данное условие, названное *мут 'а*, как обязательное. Он установил размер содержания в три динара и повелел взыскивать его посредством вычета соответствующих сумм из жалования мужа, производимого ответственным чиновником на основании приказа судьи. С другой стороны, в более поздний период *кадий* Тауба ибн Намир счел, что кораническая норма зывала только к совести мужа. В случае, когда муж отказался предоставить *мут 'а* в пользу своей разведенной жены, Тауба «хранил молчание, так как он не считал, что данная норма обязательна для исполнения мужем». Хотя позже, когда тот же самый муж выступал в качестве свидетеля, Тауба отказался принять его показания на основании того, что тот не может рассматриваться как принадлежащий к «среде добродетельных и благочестивых» свидетелей. В период премника Таубы ибн Намира Хаира ибн Нуайма *мут 'а* вновь стала нормой, строго обязательной к исполнению.

Обычная картина деятельности судей позднего периода Омейядов описывается в записках аль-Кинди²³ о деятельности Таубы ибн Намира в период пребывания последнего в Египте в должности судьи (733 – 737 гг.). Это образец трудолюбивого чиновника (который даже запретил своей жене под угрозой развода разговаривать на правовые темы во вре-

²² Коран, сура 2, стихи 236, 241.

²³ Абу Юсуф Якуб ибн Исхак ибн Саббах аль-Кинди (около 801 – 873 гг.) – арабский философ, математик, теоретик музыки, астроном (прим. пер.).

мя его отдыха), столкнувшегося с огромным разнообразием судебных дел и в основном решавшего их с точки зрения здравого смысла. Несмотря на то, что обычной нормой при доказывании было наличие двух свидетелей, Тауба мог принять показания одного свидетеля, подкрепляемые клятвой истца, в качестве правомерности требований по «мелким делам». Он не принимал показания свидетелей, которых считал предвзятыми из-за межплеменной вражды между сторонами судебного дела, или тех лиц, чье поведение он считал порицаемым с моральной точки зрения (как мы уже могли убедиться на примере дела о муже, отказавшегося выплачивать *мут'а*). Отсутствие какой-либо строгой правовой системы позволяло Таубе рассматривать каждое дело на индивидуальной основе. Например, однажды истцы просили его разрешить продажу раба *мука таб* (раба, заключившего договор о выкупе себя из рабства посредством выплаты выкупной цены по частям). Истцы обосновали свою позицию тем, что раб не смог выполнить свои обязательства о выплате выкупа. Тауба вначале решил предоставить рабу один год отсрочки на приведение в порядок его долгов. Только тогда, когда раб выразил сомнение в возможности выплачивать выкуп в дальнейшем и согласился быть проданным, Тауба разрешил продажу раба истцами. Аналогичным решением Тауба отказал в иске торговцам рабами, просившими расторгнуть договор покупки рабов на основании того, что продавцы не выполнили своих обязательств об уведомлении покупателей о скрытых недостатках в рабах. «Когда вы продаете сами, – сказал истцам Тауба, – вы молчите о недостатках, но как только вы купили раба с недостатками, вы хотите вернуть его продавцу. Вы все одинаковы». Приведенные решения отражают принципы, хотя и не сохранившиеся в процессе дальнейшей систематизации мусульманского права, но поразительно похожие на идеи справедливости, включенные в позднем средневековье в английское право. При их сравнении можно сказать, что в

исламе принцип справедливости предшествовал исламскому праву.

Однако деятельность Таубы не сводилась только к разрешению судебных споров. В 736 г. он создал учреждение по регистрации *вакфов* – религиозных трастов или благотворительных фондов. До этого подобное имущество находилось под исключительным контролем частных управляющих или выгодополучателей. «Я не вижу, – говорил Тауба, – что конечной целью данных пожертвований является нечто иное, нежели получение выгоды для передачи в пользу бедных и нуждающихся. Поэтому я считаю себя обязанным урегулировать управление *вакфами* для защиты их интересов». Подобная инициатива повысила значимость должности *кадия*. Из второстепенной и подчиненной роли помощника местного правителя по правовым вопросам должность *кадия* постепенно превращалась в высокий авторитетный пост в иерархии государственных служащих.

К концу периода Омейядов положение *кадиев* сильно отличалось от их первоначального положения как официально уполномоченных судей. Они стали важной и неотделимой частью административной машины, неподконтрольной обычному праву. Своими решениями они сами изменяли обычное право в соответствии с изменившимися общественными условиями. Для освещения данной стороны их работы примером может служить решение Абу-Хузайма, *кадия* Египта в 761 – 769 гг., даже несмотря на то, что это произошло чуть позже Омейядского периода.

Истцы из племени Бану Абд-Кулал являлись ближайшими родственниками девушки, выданной замуж своим дядей по отцовской линии. Они просили расторгнуть брак по причине того, что муж принадлежал к племени, занимавшему более низкое положение, чем племя Бану Абд-Калал и, следовательно, не был равен по социальному положению своей жене. Хотя социальное неравенство супругов признавалось осно-

ванием для развода, Абу-Хузайма отказался удовлетворять требования истцов. «Поскольку девушка была отдана замуж своим опекуном, – заявил он, – брак должен остаться в силе». Право на брачное опекуничество, осуществляемое всем племенем сообща на основании прежнего обычного права, теперь было предоставлено ближайшему родственнику мужского пола, в данном случае – дяде по отцовской линии. Согласившись на заключение брака, дядя отказался от своего права требовать равного социального положения супругов. С точки зрения права, семья как основной элемент общества заменила племя.

Таким образом, в правление Омейядов основы местного обычного права были изменены при помощи дальнейшего развития норм Корана, дополненных указами правителей и отдельными нормами из иностранных систем права. Процесс развития был бессистемным, слияние различных норм было случайным и, в конечном счете, зависело от решений отдельного судьи. Религиозная (кораническая) составляющая была «погребена» под совокупностью правового материала, порожденного государственными чиновниками: полицией, надзирателями над рынками и *кадиями*. Несомненно, власти продемонстрировали свою заинтересованность в применении норм Корана. Мы знаем, что Юнус ибн Атыя был обязан своим назначением на должность судьи Египта в 704 г. благоприятному впечатлению, произведенному им на правителя, когда его привели во дворец с группой ученых для обсуждения вопроса, связанного с правами разведенной жены в период *идда*. Однако с этого момента внимание, которое уделялось нормам Корана в Мединский период, постепенно ослабевало и, по мере развития и расширения мусульманского права, сведения о тех временах постепенно исчезали.

Только несколько народов в истории подверглись столь стремительным изменениям и были настолько плохо подготовлены, чтобы справиться с ними, как арабы-мусульма-

не. То, что правовая практика Омейядов смогла создать работоспособную систему из разнообразных элементов, было существенным достижением. Под давлением обстоятельств проблемы возникали и умножались слишком быстро для их методического осмысления, и решения неизбежно основывались на целесообразности в данный момент. Однако задачей Омейядов было создание не правовой науки, а системы правового управления, в чем они и преуспели.

Глава 3

Зарождение юриспруденции: ранние правовые школы

У человеческих сообществ, как и у магазинов и их владельцев, есть периоды инвентаризации, когда количество происходящих событий уменьшается, наступает перерыв и появляется возможность переоценить существующее положение в свете первоначальных целей и задач. Такое время настало для ислама в первой четверти второго столетия с момента его основания (с 720 г.). «Ревизоры» мусульманского права были склонны к преувеличению понесенных потерь и недооценке приобретений, придя к неутешительным выводам в своих отчетах.

С политической точки зрения процесс пересмотра результатов вылился в волну недовольства текущей политикой государства. Правителей из династии Омейядов обвинили в том, что они в своей жажде мирового господства потеряли связь с фундаментальными основами религии. Недовольство подкреплялось открытыми протестами персов и других новообращенных в ислам неарабских народов (известных как *мавали*) против расовой дискриминации со стороны арабов, чем воспользовались те, кто хотел получить власть. Обеспокоенные умы исламских ученых искали спасения в возвращении к периоду правления мединских халифов, которые в противопоставление их преемникам стали рассматриваться как «праведные» – «*ар-рашидун*».

С правовой точки зрения этот процесс переоценки привел к выводу о том, что практика омейядских судов полностью не отвечала задачам законов ислама, предложенных Кораном. Мусульманские ученые начали выдвигать свои идеи о стандартах поведения, которые бы могли удовлетворять требованиям настоящей исламской этики. Объединенные для этой цели в сообщества исламских ученых, в последней четверти правления Омейядов они образовали первые правовые школы.

Когда династия Омейядов была в итоге свергнута, и к власти в 750 г. пришли Аббасиды, два вышеуказанных направления антиомейядской критики в политической и правовой сферах естественным образом объединились. Ученые-правоведы были официально признаны создателями исламской модели государства и общества, которую обещали построить Аббасиды. При такой политической поддержке правовые школы начали быстро развиваться.

Таким образом, исламская юриспруденция зародилась не в результате научного анализа существующей судебной практики, признанной властями, а в результате разработки концепции права в противовес сложившейся практике. Первые правоведы были скорее религиозными деятелями, практически полностью занятыми разработкой системы ритуальной практики, чем представителями права. Строго говоря, их интерес в сфере юриспруденции проистекал в основном из политических идеалов династии Аббасидов и, следовательно, их правовые методы представляли собой методы религиозных идеалистов. Подобный научный подход резко отличался от прагматизма правовой традиции омейядского периода и обозначил новую поворотную точку в истории исламского права.

Как видим, исторические события привели к появлению различий между теорией права, разрабатываемой учеными-правоведами, и судебной практикой. В ранний период правления Аббасидов была достигнута высокая степень объединения

этих двух элементов. Представители правовых школ назначались на должности судей и привлекались государством в качестве советников по праву. Абу-Юсуф (ум. 799 г.) был выдающимся ученым, справлявшимся с обеими ролями. Он был назначен главным кадием халифом Харуном (786 – 809 гг.) и составил, по требованию последнего, трактат по финансовому и уголовному праву. Но позднее разрыв между теорией и практикой увеличился, став главной особенностью истории исламского права. Однако в данной главе мы рассмотрим только теорию и ее развитие в ранних правовых школах.

Среди многих правовых школ, процветавших в различных регионах распространения ислама в рассматриваемый период, школы Медины и Куфы были наиболее значительными и долговечными. Именно к последним двум школам будет обращено наше внимание. Хотя правовая мысль в Куфе опережала правовую мысль Медины (отчасти по причине того, что правовая школа Куфы официально поддерживалась центральным правительством Аббасидов), основные подходы к праву и основные черты его последующего развития были общими для обеих школ.

Отправной точкой стал пересмотр местной правовой и общественной практики с точки зрения предписанных Кораном принципов поведения. Общественно-правовые институты и практика подвергались индивидуальному изучению, затем одобрялись или отвергались в соответствии с тем, подходили ли они под установленные критерии или нет. Так, одним из способов выплаты жалованья воинским подразделениям при Омейядах была выдача своего рода чека, который давал право держателю чека получить соответствующее количество зерна из государственных зернохранилищ после сбора урожая. Спекуляции из-за изменения стоимости зерна привели к появлению практики купли-продажи указанных чеков, что не одобрялось учеными-правоведами. Подобная деятельность, считали они, подпадала под общий запрет на ростовщичество

(*риба*), содержащийся в Коране. С этой целью коранический запрет на азартные игры был объединен с запретом *риба*, чтобы дать последнему гораздо более широкое распространение, чем ограничивать его простым ростовщичеством или процентом с денежного оборота. Теперь данный запрет распространялся на любую форму незаработанного дохода или прибыли, в том смысле, что подобный доход зависел от случая и не мог быть точно заранее вычислен договаривающимися сторонами. Соответственно, для противостояния спекуляциям с платежными чеками в армии было сформулировано правило о том, что покупатель продуктов питания не мог перепродать их до того, как он получит их в натуре. В Куфе данное правило было распространено на все движимые товары, хотя в Медине оно относилось только к продуктам питания.

Примером договора, основанного на обычном праве и прошедшего тщательный анализ со стороны правоведов, был бартер *'ариййа* (недозрелые финики с пальмы) в обмен на соответствующее количество высушенных фиников. Хотя в таких контрактах присутствует очевидный элемент риска и неопределенности, у правоведов раннего периода он не вызвал таких возражений, как *риба*.

Из частичного пересмотра существовавшей практики правовыми школами была постепенно сформирована основа теории исламского права. Она вела свое начало от индивидуального рассуждения (*ра'й*) отдельных ученых, но со временем ее авторитет стал основываться на более прочном фундаменте. По мере достижения согласия во мнениях между учеными определенного региона, теория начала выражаться как общее мнение правовой школы. Затем вследствие того, что общее мнение оставалось неизменным на протяжении нескольких лет, появилась концепция *сунны* правовой школы. *Сунна* (дословно «проторенный путь») первоначально обозначала текущую практику следования обычаем, как у племен доисламского периода, так и у мусульман VII в. н.э. Однако в

юриспруденции VIII в. *сунна* стала идеальной теорией, принятой в правовой школе и толкуемой ее представителями. Исходя из ее природы, данная *сунна* очевидно не может соответствовать *сунне* судов периода Омейядов.

В развитии правового метода в ранний Аббасидский период проявились два основных направления. Во-первых, ради логичности и единства доктрины логическое рассуждение стало более упорядоченным, и судейское решение (*ра'й*) постепенно уступило место дедукции по аналогии (*кияс*). Среди самых ранних примеров использования аналогии (естественно, в зачаточной форме) можно привести установление минимального размера выкупа за невесту, обязательного к уплате мужем, в размере десяти дирхамов в Куфе и трех дирхамов в Медине. При этом была проведена аналогия между потерей девственности в результате брака и отрубанием руки в качестве наказания за воровство, так как упомянутые суммы являлись минимальной стоимостью украденных товаров для применения наказания в виде отрубания руки в правовых учениях Медины и Куфы соответственно.

Однако практические соображения часто приводили к необходимости отступления от строгого суждения по аналогии. Там, где юристы делали возможные уступки или предпочитали несколько иные критерии аналогии (как, например, критерий общественного интереса в правиле о том, что все соучастники убийства могли быть казнены в качестве возмездия за жизнь одной жертвы), данный метод назывался *истихсан* («предпочтение»). Он представлял собой возврат к свободе *ра'й*, и в первое время два термина фактически использовались как синонимы. Но *истихсан* является более современным этапом в развитии правовой мысли, так как он предполагает использование суждения по аналогии в обычной практике.

Вторым направлением в ранней исламской юриспруденции было растущее влияние *сунны* как установившегося уче-

ния. Чтобы объединить традиционные идеи, теоретические положения рассматривали в свете их корней, уходящих в прошлое. Правоведы обратились к авторитету предыдущих поколений с целью придать ему новое значение. Хотя первоначально имена представителей ушедшего поколения не назывались, все возрастающая формализация права вскоре внесла в правовую теорию отдельные имена благочестивых людей прошлого. Выявление связи с такими людьми осуществлялось посредством установления связующих звеньев с предшествующими поколениями мусульман. К примеру, Умар часто рассматривался как создатель мединской *сунны*, а Ибн-Масуд служил аналогичным примером в Куфе. В конце концов, процесс неизбежно завершился с утверждением Пророка в качестве основоположника исламского права. И хотя уже существовало определенное количество норм и правил, появившихся во время возникновения ислама и сохранных в правовой практике Омейядов и устной традиции, огромная масса так называемых «норм прошлого» являлись анахроничными приписками. Теперь правоведы и правители государства стремились возродить первоначальную чистоту ислама Мединского периода. Исключив из истории период династии Омейядов и представляя свою правовую доктрину, как основанную в более ранние времена, юристы установили связь своего учения с периодом правления «праведных» халифов.

Именно в это время, около 770 г. н.э., возникла оппозиция общепризнанному правовому методу. Ее отличительной чертой был жесткий доктринальный подход и по отношению к содержанию права, и по отношению к его основам. Если большинство правоведов были готовы включить текущую правовую практику в свои системы права (если, конечно, она явно не нарушала основных принципов Корана), группа ученых доктринального толка отстаивала более жесткое и педантичное следование нормам Корана. К примеру, их строгое толкование *риба* привело к возникновению правила, соглас-

но которому обмен определенных товаров (золота, серебра и продуктов питания) на товары того же вида был возможен только в том случае, если предложения с обеих сторон были равны по весу или количеству, и обмен производился обеими сторонами незамедлительно. Ранняя мединская доктрина допускала обмен золотой руды на меньшую по весу золотую монету, поскольку разница покрывала затраты на чеканку. Но для приверженцев доктринального толка подобный обмен рассматривался как *риба* и поэтому был запрещен. Естественно данный подход привел к очень негативным чертам в доктринальной правовой системе, отразившимся даже скорее в ее сути, нежели в форме, так как она потеряла связь с нуждами и потребностями общества. Трудно найти какой-либо смысл в сделках, где Умар берет 20 фунтов пшеницы от Зайда в обмен на 20 фунтов своей собственной пшеницы, при этом обмен производится одновременно.

Однако конфликт между большинством исламских ученых и группой правоведов доктринального толка наиболее четко прослеживался в вопросе основ права. Следуя методике ранних правовых школ формирования *сунны* на основе событий прошлого, сторонники доктринального течения рассматривали решения самого Пророка как высший и главный источник права. Логическая привлекательность данного тезиса была бесспорна, и поэтому Пророку было приписано множество деяний и решений. К ним относятся предания, в которых Мухаммад говорил или делал что-либо по определенному случаю, известные сейчас как «Традиции»²⁴ (данный термин с целью выделения в настоящей книге будет приводиться с большой буквы), в арабском языке именуемые *хадис*, *акбар* и т.д. Однако те, кто сочинял подобные истории, не должны рассматриваться как злонамеренные изготовители фальшивок.

²⁴ В своей книге Н. Дж. Коулсон понимает под «Традицией» (Tradition) сунну Пророка Мухаммада в том смысле, в котором она известна в настоящий момент – как сборник хадисов, являющийся вторым источником права в исламе (прим. пер.).

Скорее они, полагая, что именно их учение правильнее других выражает нормы ислама, были убеждены в том, что Пророк действовал бы так же, если бы столкнулся со схожей проблемой. Из признания этого положения они приходили к выводу, что он так и действовал, и к *хадису* добавлялась цепочка лиц (известная как *иснад*), передававших сведения о поступках Мухаммада от прошлых поколений к настоящим. Таким образом, хотя определенная часть *хадисов* и может содержать в себе действительные поступки и слова Мухаммада, особенно в недискуссионных вопросах, в них также содержится множество недостоверной информации. Следует подчеркнуть, что на этом этапе не было предположений о том, что Пророк был чем-то более, чем человек, толкующий божественное откровение. Его авторитет основывался на том факте, что он являлся, как по времени, так и по духу, ближайшим из людей по отношению к Корану, и был отправной точкой исламской *сунны*.

Под влиянием доктринальной оппозиции теория мусульманского права в правовых школах была преобразована. Множество более строгих норм, в защиту которых выступала оппозиция (например, в отношении *риба*), получили общее признание. Кроме того, наблюдалась тенденция в виде обращения к авторитету Мухаммада и выражения его поступков в форме *хадисов*. И хотя это могло привести к конфликту между авторитетом Мухаммада и *иджмой* местных ученых, не было сделано ни одной целенаправленной попытки разрешить данный вопрос. В исламской юриспруденции 770 – 800 гг. мнение отдельных ученых, общее согласие на местах и *хадисы* находились в сложном соседстве. Данный период развития права отражен в первом исламском сборнике права *Муаватта*, написанном мединским правоведом Маликом ибн Анасом (ум. в 796 г.). Три примера из этого важного текста (все – из раздела о договорах) доказывают наличие различных влияний и направлений в исламском праве рассматриваемого периода.

Малик признает недопустимым заключение договоров *музабана* (натуральный обмен незрелых фруктов на дереве на тот же вид высушенных фруктов), однако одновременно признает законность обмена *'ариййа* (обмен незрелых фиников с пальмы на высушенные финики). Обе вышеуказанные нормы выражаются в форме *хадисов* от Пророка. Свидетельство *иснадов* показывает, что общий запрет *музабана* был первым правилом, выраженным в виде предания из жизни Мухаммада²⁵. Таким образом, мы заключаем, что запрет договоров *музабана* следует из буквального толкования *риба*, принятого приверженцами доктринальной оппозиции. Мединская доктрина пришла к такому же правилу, одновременно уточнив его, допустив обмен незрелых фиников. Это было уже давно установившейся практикой в Медине и теперь стало выражаться в форме *хадиса*. В данном *хадисе* договор описывается как «особое дозволение» (*рухса*), и Малик пытается объяснить его тем, что натуральный обмен незрелых фиников является сделкой, имеющей правовые обоснования и должен рассматриваться наравне с другими исключениями из общих правил, существующих в договорном праве. Позднее теория исламского права попыталась объяснить данное противоречие более убедительно посредством дозволения только тех сделок, в которых владелец пальмового дерева берет незрелые финики у человека, обладающего правом узуфрукта (т.е. правом пользования) на урожай фиников. Это обосновывается немедленной потребностью владельца урожая в съедобных финиках и заинтересованностью владельца дерева в избавлении себя от вторжения других лиц на его землю. Однако нет оснований полагать, что дозволенная мединскими правоведами (и Маликом в том числе) сделка существовала в такой определенной и ограниченной форме. *Муватта* лишь отражает период временного и сложного компромисса между сравнительно либеральным и прагматичным мнением ранних

²⁵ Schacht, *Origins*, 153 f.

правоведов и жестким подходом приверженцев доктринального течения.

При обсуждении правовых тем Малик обычно цитирует в начале соответствующий *хадис* или прецедент. Так, по вопросу, связанному с продажей рабов, его первой цитатой являются слова, приписываемые Умару: «Если раб, обладающий имуществом, продается, имущество раба принадлежит продавцу, пока покупатель не оговорит, что оно принадлежит ему». Затем Малик заявляет, что «нормой, о которой у нас в Медине сложилось единое мнение», является то, что подобная оговорка покупателя законна и имеет юридическую силу, каким бы ни было имущество раба по его природе и ценности, известна или неизвестна ли точная его стоимость. Он пишет, что так сложилось, «поскольку хозяин не платит налоги на имущество своего раба. Если раб имеет рабыню, его половая связь с ней допустима на основании владения ею. Раб, которому подарили свободу, забирает свое имущество. И если раб становится банкротом, его кредиторы забирают его имущество, но не могут обратиться с взысканием на имущество хозяина раба по любой части его долгов».

Таким образом, мединская доктрина, как попытался продемонстрировать Малик тремя вышеуказанными примерами, придерживалась того, что право собственности над имуществом раба принадлежит самому рабу, а не его хозяину. И именно на этом основании собственность раба, вместе с самим рабом, может быть законным образом передана покупателю посредством одной и той же сделки. Ведь если бы хозяин раба был действительным собственником имущества раба, переход раба и его имущества за единую цену нарушил бы один из основных принципов продажи, с которым Малик был хорошо знаком и с которым он соглашался, а именно: «Если объектом продажи выступают два или более предмета, цена за каждый должна быть известной и определенной, иначе сделка недействительна вследствие неопределенности

(*гарар*)». Между тем, правовая доктрина Куфы, считая, что раб не может обладать правом собственности на вещи, рассматривала раба и его имущество как два отдельных предмета, принадлежащих хозяину раба, и тем самым не допускала передачу обоих по одной цене, не предусматривающей разделения на две части. Для Малика, с другой стороны, раб и его имущество образуют единый объект продажи, который может быть законно передан за одну цену, если таковым является намерение сторон. Однако если намерение сторон не выражено посредством надлежащей оговорки, продавец раба будет считаться воспользовавшимся своим правом хозяина на присвоение имущество раба себе.

Таким образом, приписываемое Умару правило предполагает 1) установление точной природы правоспособности раба в плане владения собственностью и 2) применение принципа «неопределенности» при купле-продаже сложного характера. Последний принцип является частью становившегося все более строгим толкованием запрета на *риба*, описанного ранее. Таким образом, правило должно иметь сравнительно позднее происхождение. Оно не являлось отправной точкой для мединской доктрины, однако характеризовало дальнейший этап ее разработки и развития.

«Каждая из сторон договора купли-продажи обладает правами по отношению к другой стороне до тех пор, пока они не расторгнут договор». Это приписываемое Пророку заявление выражает принцип, известный как *хияр аль-маджлис*, который дает сторонам договора, заключенного посредством предложения и согласия, право на его расторжение во время проведения переговоров (*маджлис*) о заключении сделки. Прочитав *хадис*, Малик комментирует: «Здесь в Медине у нас нет подобных ограничений и подобной практики». Дальнейшие комментарии Малика по данному вопросу показывают, что для Малика договор имел юридическую силу тогда, когда было достигнуто полное и немедленное взаим-

ное согласие. Это один из многих случаев, в которых нормы права, выраженные в приписываемых Мухаммаду или халифам поступках, отрицались учеными раннего Мединского периода, если они шли в разрез с их собственной теорией.

Следовательно, *Муватта* была написана в то время, когда стремление установить основы права привели к его закреплению большинством правоведов в виде *хадисов* из жизни ранних халифов и самого Пророка. Выбранный Маликом метод написания книги позволил впервые представить подобные *хадисы* как общеизвестные, рассмотрел их, дал им толкование и оценку либо со своей точки зрения, либо с точки зрения правовой практики Медины. Его главным критерием было совпадение мнений ученых отдельной местности, по *хадисам* или другим прецедентам он не находил ничего настолько священного, что бы не позволило применять местные обычаи в случае противоречия между ними и *хадисами*. *Муватта* по сути является учебником по праву, принятым на тот момент властями Медины.

Заканчивая рассмотрение *Муватты*, мы можем отметить тесную связь между развитием права и его буквальным выражением. *Муватта* структурно разделена на несколько «книг», освящающих наиболее значительные разделы права: брак, договоры, уголовное право и т.д. Однако каждая книга состоит из бессистемной и несвязанной между собой совокупности отдельных тем и норм. Из этого следует, что нормы права записывались в том виде, в котором они развивались, т.е. из изучения отдельных аспектов правовой практики Омейядов. Хотя в дальнейшем в литературе каждый вопрос и рассматривался в более логичном порядке, структурно правовые трактаты все также состоят из ряда разобщенных и изолированных тем. Естественно, подобный подход породил свои собственные концепции. Например, в исламском праве не существует понятия договора (в английском понимании данного слова), где бы общие принципы, регулирующие

сделки, применялись во множестве видов договоров. Вместо этого существует договорное право по римскому образцу, в котором отдельные виды сделок регулируются собственными правилами. Фактически вся правовая техника в исламе, вплоть до современности, находилась под значительным влиянием методологии основателей мусульманского права VIII в.

Хотя правовой метод в Куфе и Медине был в основном тот же, системы права, созданные местными правовыми школами, в немалой степени различались. Они обе основывались на постановлениях Корана, хадисах о Мухаммаде и ранних халифах (так же как и право периода Омейядов). Заключение, к которым приходили школы на основе одних и тех же основных источников, были одинаковы. Однако за пределами данного круга свобода индивидуального суждения неизбежно приводила ученых-правоведов к разным результатам, наиболее явные примеры которых уже приводились. В частности, местные обычаи естественным образом оказывали влияние на правовую мысль, и множество различий между доктринами Медины и Куфы объясняются, как покажут нижеследующие примеры, различиями в укладе жизни двух городов.

Хотя система наследования, принятая обеими школами, основывалась на одних и тех же основных правилах, при рассмотрении данного предмета в Коране и *хадисах* возникли существенные различия по неурегулированным вопросам. В случае, если после умершего не оставалось наследников по Корану или родственников по отцовской линии (*'асаба*), правоведы Куфы разрешали наследовать родственникам по материнской линии (к примеру, детям дочерей и сестер). В Медине таким родственникам (известным как *даву 'л-архам*) наследовать не дозволялось. Можно утверждать, что обе приведенные здесь точки зрения основаны на толковании Корана. Мединский подход основывается на том, что родственникам по материнской линии Коран не предоставляет право

наследования, а мнение ученых Куфы основывается на факте того, что Коран, признав права родственников женского пола, предоставил через родство с последними право наследования родственникам, связанным с наследодателем. Для жителей Медины, ведущих род по мужской линии, было вполне нормальным отрицание права на наследство родственников по женской линии, тогда как для Куфы было естественным признание их прав. В многонациональной Куфе женщина занимала более высокое социальное положение. Одно из следствий этого факта (право женщины на заключение брака) уже упоминалось. Как видим, толкование Корана обеими школами зависело от существующих в обществе условий.

Классовое сознание жителей Куфы как результат сложного состава населения, когда мусульмане арабского и неарабского происхождения находились в тесном контакте, и традиции социальной стратификации Сасанидской империи привели к появлению принципа равенства в браке (*кафа 'а*)²⁶. Данный принцип, требовавший от мужа быть равным по определенным критериям своей жене (или ее семье), включая социальное происхождение, финансовое положение и профессию, не имел аналогов в раннем мединском праве и совершенно не упоминается в *Муватте* Малика, так как классовые различия не играли особой роли в родовом обществе Медины.

Отдельные различия в правовых системах двух школ показывают, что кровные узы традиционного арабского общества более не были так же важны для юристов Куфы, как для правоведов Медины. Обе школы признавали принцип коллективной ответственности при уплате компенсации за убийство или нанесение ран, и обе школы называли группу, несущую данную повинность, *акила*. Однако в Медине данная группа формировалась из соплеменников преступника, тогда как в Куфе *акила* являлись те, кто мог быть отнесен к

²⁶ См. статью Фархата Дж. Зиадеха (Farhat J. Ziadeh) в *American Journal of Comparative Law*, VI, №4 (October 1957).

преступнику на основе общей профессии или простого соседства (например, воины одного подразделения или торговцы, владевшие лавками на том же рынке). Похожие соображения, по крайней мере, частично, были причиной различий в правилах преимущественной покупки недвижимого имущества и получения имущества от продавца на оговоренных условиях. В Куфе право преимущественной покупки могло основываться на владении лицом недвижимым имуществом в непосредственном соседстве с продаваемой собственностью. В Медине право преимущественной покупки принадлежало не соседу, а только совладельцу, который, на основании обычного права наследования, являлся кровным родственником продавца.

Кроме приведенных различий по отдельным аспектам права, мнение правоведов обуславливалось их окружением. Отличительной чертой первых юристов Медины является консервативная приверженность традициям, тогда как их коллеги в Куфе, живя в недавно сформировавшемся обществе, не имеющем тесных связей с прошлым, занимались свободным изучением и осмыслением права.

Кроме того, школа Куфы по своему географическому положению была более открыта и более восприимчива к влиянию иностранных правовых систем. Абу-Ханифа (ум. 767 г.), на тот момент ведущий правовед Куфы, считал, что лицо после достижения им 24-летнего возраста не может более находиться под контролем опекуна при совершении имущественных сделок. Именно таким был предельный возраст для опекуна над сделками с имуществом (*curatio*) в римском праве. В Медине правовой статус рабов отражал их положение в арабском обществе как членов семьи. Кроме прочего, они могли, как мы видели, владеть имуществом. В Куфе же их положение строго регулировалось на том основании, что рабы, сами находясь в собственности, не могли обладать каким-либо правом собственности. Эта позиция сформирова-

лась под влиянием римского права и жестких классовых различий среди населения Куфы.

Кроме приведенных отличий между двумя правовыми школами, правоведы внутри каждой школы придерживались различных мнений. К примеру, два выдающихся юриста Куфы, Абу-Юсуф (ум. 798 г.) и аш-Шайбани (ум. 804 г.) не придерживались одной точки зрения, хотя их и именовали «два сподвижника». В действительности, они имели между собой мало общего, за исключением совместной учебы у Абу-Ханифы. Будучи человеком практического склада, Абу-Юсуф являлся главным *кади* и был тесно связан с политическими кругами. Аш-Шайбани был скорее ученым-юристом, который, несмотря на краткое пребывание в должности судьи, нашел истинное призвание в плодотворной работе над своим правовым учением.

Различия между двумя вышеуказанными правоведами проявляются в их отношении к вакуфному праву (благотворительным пожертвованиям) – одной из многих сфер, по которым их мнение различалось. Аш-Шайбани регулировал вакф посредством проведения аналогии с правом дарения. Вакф, утверждал он, является даром в пользу Аллаха и выгодополучателей. Отсюда следует его правило о том, что передача имущества управляющему является существенным условием законности вакфа. Мнение же Абу-Юсуфа основывалось на практических соображениях, в соответствии с которыми создание вакфа должно было поддерживаться и поощряться. Исходя из этого, он постановил, что достаточным для учреждения вакфа является лишь объявление имени управляющего без фактической передачи имущества. И наиболее явным выражением данной позиции является его вывод о том, что учредитель вакфа может сохранить часть дохода от вакфа в свою пользу.

С наступлением периода научного правового подхода изменились основы ранних школ. Приверженность местным

нормам была заменена личным авторитетом авторов первых правовых трактатов. Мединская школа превратилась в школу маликитов, а школа в Куфе – в школу ханафитов. Как верный ученик, аш-Шайбани во всех своих трудах основывался на авторитете своего учителя Абу-Ханифы. Хотя последующие поколения преувеличивали роль номинальных основателей обеих школ, именно аш-Шайбани являлся настоящим основателем ханафитской школы. Позднейшая правовая доктрина ханафитов осталась верна его положениям, по словам Захау²⁷, так же, «как плющ оплетает ствол дуба». Аналогично ученик Малика, Ибн-аль-Касим, фактически заложил методические основы маликитской правовой школы.

Таким образом, рост различий в теории права является отличительной чертой развития мусульманского права во второй половине VIII в. Местные и племенные особенности привели к фрагментарности правовой системы. Несколько правовых школ (включая школы Медины и Куфы) соперничали между собой за составление самого достоверного свода исламских норм. Одновременно внутри каждой из школ появились различия во мнениях, и начали образовываться отдельные группы.

Еще в 757 г. государственный секретарь Ибн-аль-Мукаффа осознал опасность подобных противоречий и попросил халифа аль-Мансура разрешить конфликт своим указом и объединить право в одну систему. Однако возможность объединения права извне была утрачена, так как Аббасиды придерживались идеи о том, что халиф подчиняется закону, а не стоит над ним. Власть над правом была предоставлена ученым-правоведам, а не правителям государства. Более того, по основным правовым вопросам различия стали настолько принципиальными,

²⁷ E. Sachau, *Zur ältesten Geschichte des muhammedanischen Rechts*, 723. Исследования жизни и деятельности аш-Шайбани см. Dimitroff, *Asch-Schaibani (Introduction)* и O. Spies, «Un Grand Juriste musulman: Mohammed b. al-Hasan al-Shaibani» в опубликованных докладах Пятого Международного Конгресса по сравнительному праву (*Fifth International Congress of Comparative Law, Brussels, 1958*).

что не допускали никаких самовольных властных решений. Разногласия между представителями ранних школ и доктринальной оппозицией вылились в конфликт между теми, кто поддерживал право юристов на самостоятельное суждение (*ахль ар-ра'й*²⁸) и теми, кто отстаивал идею о том, что только *хадисы* обладают исключительным авторитетом (*ахль аль-хадис*²⁹, традиционалисты).

Очевидно, что для предохранения права от дезинтеграции был необходим какой-либо процесс унификации. Несомненно и то, что начало данному процессу должно было быть положено изнутри самого права и с помощью его лучших представителей. И таким человеком стал Мухаммад ибн Идрис аш-Шафии.

Глава 4

Главный архитектор: Мухаммад ибн Идрис аш-Шафии

Аш-Шафии родился в 767 г. и первоначально играл скорее роль критически настроенного наблюдателя, чем активного участника, в драме, происходившей с исламским правом. Благодаря учебе и участию в дискуссиях в главных центрах мусульманского права (Мекке, Медине, Ираке и Сирии), он близко познакомился с позициями всех основных противников, однако отказывался причислять себя к какому-либо лагерю. Оставаясь в стороне от местных и личностных предпочтений, он смог охватить всю сложную панораму посредством глубокого изучения и восприятия, что породило совершенно новую концепцию в исламской правовой мысли. В конце концов, Мухаммад аш-Шафии появился на сцене как *deus ex machina*³⁰ своего времени, ищущий пути распутыва-

²⁸ Араб. «люди суждения» (прим. пер.)

²⁹ Араб. «люди предания» (прим. пер.).

³⁰ Лат. букв. «бог из машины». Имеется в виду неожиданность и своевременность появления аш-Шафии в самый критический момент развития исламского права (прим. пер.).

ния клубка из множества противоречий и предлагающий свое решение для упорядочивания существовавшего хаоса.

В целом в области техники правового метода аш-Шафии объединил и улучшил методы своего предшественника аш-Шайбани, выдающегося юриста Куфы. К этому времени внимание правоведов полностью занимал процесс «исламизации» права – нравственной оценки деяний и отношений с точки зрения религии. Одной из иллюстраций более совершенного с точки зрения права подхода аш-Шафии служит его трактовка *хадисов*, в которых Пророк не допускал вмешательство третьего лица в обсуждение условий договора сторонами. Например, словами: «Не позволяйте кому-либо продавать иному человеку, если он уже согласился продать другому».

Ученые ранних школ лишь признали подобное вмешательство как запрещенное, не пытаясь выяснить его правовой подтекст. Напротив, аш-Шафии свел данную проблему к степени материального ущерба, который подобное поведение могло бы повлечь для договаривающихся сторон. До того, как было достигнуто соглашение, утверждал он, не может быть нанесено никакого вреда, так как не было порождено никаких правовых обязательств. Равным образом, никакого вреда не может быть нанесено после заключения договора, потому как «если человек приобретает одежду за десять динаров и договор заключен, не наносится никакого вреда первому продавцу в случае, если третья сторона предлагает продать покупателю такую же одежду за девять динаров, так как договор о продаже за десять динаров имеет законную силу и не может быть прекращен». Следовательно, заключает аш-Шафии, вмешательство третьего лица недопустимо только в период между заключением договора и вступлением его в законную силу – т.е. в течение промежутка времени (*маджлис*), когда обе стороны имеют право на расторжение заключенного договора, поскольку побуждение к расторжению

договора со стороны третьей стороны, предлагающей такой же товар за более низкую цену, могло бы нанести ущерб как первоначальному продавцу, так как он не смог бы найти другого покупателя, так и покупателю, если бы вторая сделка не произошла³¹.

Конечно, подобное рассуждение имеет определенные недостатки в сравнении с более поздними критериями. Побуждение к расторжению договора может действительно нанести ущерб, к примеру, в приводимом аш-Шафии случае, когда договор расторгается при объявлении покупателя банкротом. Более того, аш-Шафии полностью проигнорировал вопрос о правовой защите потерпевшей стороны. Тем не менее, его подход представляет собой значительный шаг вперед в правовой мысли. Структура права, если ее так можно назвать, начала свое развитие на фундаменте преимущественно этических норм поведения, сформулированных ранними правовыми школами.

Однако сделанное аш-Шафии в отношении сущности права все же несравнимо меньше его достижений в сфере правового метода. Именно здесь важность сыгранной им роли и сила его интеллекта, приведшая к принятию его подхода, делают его значительнейшей фигурой в истории исламского права. Его главная цель заключалась в унификации права, а его метод – в нейтрализации сил, ведущих к дезинтеграции, при помощи выработки строгой системы основных источников права. *Рисала*, написанная аш-Шафии в Каире, где он провел последние пять лет жизни вплоть до своей смерти в 820 г., отражает самую суть его учения. В приводимом ниже кратком анализе данный труд раскрывается со всей простотой и недвусмысленностью. *Рисала* стала инновацией, гениальность которой заключается не во внедрении каких-либо полностью оригинальных концепций, а в рассмотрении существовавших

³¹ Для ознакомления с текстом аргумента аш-Шафии см. перевод Рисаля (*Risala*), выполненный Хаддури, в *Islamic Jurisprudence*, 227 – 229.

подходов в новом смысле и значении, соединении их в единой системе.

Согласно аш-Шафии, существует четыре главных источника (*усул*) права. Естественно, первым из них является Коран. Однако, несмотря на то, что юридическая сила положений Корана никогда не оспаривалась, Коран, согласно аш-Шафии, имеет как источник права более глубокое значение, чем считали предшественники аш-Шафии. По причине того, что Коран, кроме его содержательной стороны, также включает в себя методы, посредством которых коранические положения могут быть растолкованы и дополнены. В частности, неоднократно повторяемое в Коране повеление «подчиняться Аллаху и его Пророку» закрепило *хадисы* в качестве второго по значимости источника права после Корана.

Краеугольным камнем теории аш-Шафии является авторитет Пророка как законодателя. Однако аш-Шафии не просто повторил тезис доктринального течения (*ахль аль-хадис* или группа сторонников *хадиса*), бывшего в оппозиции ранним школам. Для них Пророк был только человеком, наиболее квалифицированным в толковании Корана, *primus inter pares* (первым среди равных)³². Поэтому некоторые правоведы, например, Малик, считали возможным отрицать *хадисы* на том основании, что их существенные достоинства перевешивали другие юридические соображения, тем более в случае, если *хадисы* не соответствовали нормам Корана³³.

В ответ аш-Шафии привел решительный аргумент. Он настаивал на том, что правовые решения Пророка были вдохновлены Аллахом, таким образом, впервые сформулировав мысль, которую до него обсуждали лишь частично. Для аш-Шафии именно в верховенстве *хадисов* заключалось строгое следование коранической норме о подчинении Аллаху и его Пророку, а так же предписание следовать «книге и мудрости

³² См. Schacht, *Origins*, 53-57.

³³ Там же. 45 и далее, 48.

(*хикма*)», так как под мудростью могли иметься в виду только поступки Мухаммада. Признание *хадисов* как источника божественной воли, дополняющей Коран, является главным вкладом аш-Шафии в исламскую юриспруденцию. Его доводы были неопровержимы, и как только с ними согласились другие ученые, *хадисы* более не могли быть объектом критики. *Хадисы* приобрели юридическую силу, за исключением только случаев их недостоверности.

Сунна (как сборник преданий о божественно вдохновленных поступках Мухаммада), таким образом, является вторым источником права в системе аш-Шафии. Как мы уже видели, в ранний исламский период *сунна* обозначала по существу местную традицию отдельной школы. Заменяя эту концепцию системой, основанной на одном единственном источнике (т.е. *хадисах*), аш-Шафии стремился в корне устранить причину возникновения различий между правовыми школами и внести единство в доктрину. В итоге, утверждал он, может существовать только одна настоящая исламская «традиция». Идеи аш-Шафии не были чем-то новым. Еще в ранних школах существовала все возраставшая тенденция возводить свою *сунну* к поступкам Пророка. Аш-Шафии воспринял этот подход, признав его правильность на основе своего тезиса о божественной природе поступков Пророка, и утверждал, что, с точки зрения формы, поступки Пророка могут быть удостоверены и закреплены только на основе *хадисов*. Как видим, его теория заключается в удачном синтезе явно противоречащих друг другу позиций представителей ранних школ и сторонников доктринального подхода.

Хотя номинально *сунна* была вторым источником права для аш-Шафии, на самом деле она должна была занять самое важное место. Толкование Корана должно было производиться на основе *сунны*, а поскольку функцией *сунны* было комментирование и толкование Корана, *сунну* естественно наделили наибольшей юридической силой. Настойчивое требова-

ние аш-Шафии о закреплении высшей юридической силы за *сунной* Мухаммада, и его отрицание любых аргументов против данного подхода лучше всего иллюстрирует подход аш-Шафии к проблеме существования очевидных противоречий в содержании божественного откровения.

Ко времени аш-Шафии ложные *хадисы* о поступках Мухаммада привели к конфликту между отдельными *хадисами*. В первую очередь аш-Шафии, стремясь установить единство в теории исламского права, посвятил большую часть своей деятельности разрешению данного конфликта. Его первостепенной задачей было урегулирование противоречий между содержанием *хадисов*, к примеру, на основании того, что один из *хадисов* представляет собой исключение из общего правила, содержащегося в другом *хадисе*. Если это не удавалось, один *хадис* мог иметь преимущество перед другим, поскольку обладал более сильной цепочкой авторитетных источников (т.е. более сильным *иснадом*). Наконец, если *хадисы* по прежнему оставались равноценными, аш-Шафии прибегал к приему отмены (*наسخ*) более раннего *хадиса* более поздним.

По отношению к противоречиям между Кораном и *хадисами* мнение аш-Шафии о возможности отмены *хадисов* основано на правиле о том, что Коран может быть заменен только Кораном, а *сунна* – только *сунной*. *Сунна* не может отменять Коран, так как ее функцией является толкование Корана, а не замена последнего. Равным образом, Коран не может заменить *сунну*, поскольку признание подобной возможности привело бы к недействительности *сунны* как толкования Корана. Если ранний поступок Пророка фактически противоречил более поздним откровениям Корана, тогда, утверждал аш-Шафии, обязательно должна была бы существовать более поздняя *сунна*, согласующаяся с поздним откровением.

В качестве примера аш-Шафии приводит взаимоотношения между двумя источниками божественного откровения по проблеме дарения. Существуют три текста: стих Корана, ре-

гулирующий совершение дарения в пользу ближайших родственников; стихи Корана, предоставляющие определенные доли в наследстве (*фара'ид*) родственникам, и *хадис*, в котором Пророк говорит: «Нельзя дарить в пользу наследника». Очевидное противоречие между стихом Корана о дарении и *хадисом* не может быть разрешено путем признания того, что один из них прямо отменяет другой. *Хадис* дополняет стихи «*фара'ид*» тем, что установленный последними баланс между требованиями различных родственников не может быть изменен дополнительной передачей кому-либо из их числа в дар имущества. Бесспорно, что система определенных долей отменила стих Корана о дарении, по крайней мере, в отношении родственников, имеющих право на определенную долю.

Правило о том, что *сунна* не может быть отмена Кораном, является главным в позиции аш-Шафии. Предположение о том, что *сунна* могла бы быть отменена, ведет к признанию подхода ранних мусульманских правоведов, с которым боролся аш-Шафии, – что *хадисы* могли быть оспорены в случае, если они противоречат Корану.

Иджма, или общее согласие, является третьим источником права по аш-Шафии. И вновь аш-Шафии перенимает уже существовавшую мысль и придает ей новое содержание, направленное на достижение единства в мусульманском праве. Отрицая силу *иджмы* между правоведами отдельной местности, он утверждал, что могло существовать только одно законное общее мнение – мнение всей мусульманской общины, включая правоведов и простых мусульман. Очевидно, аш-Шафии не относился к такому общему согласию как к важному источнику права. Сфера *иджмы* фактически ограничивалась вопросами, затрагивающими всех мусульман в целом и каждого мусульманина в отдельности, например, правилами о ежедневной молитве. Несмотря на то, что аш-Шафии признавал невозможность в рамках мусульманской общины в целом прийти к общему согласию относительно чего-либо,

противоречащего Корану и *сунне*, он также осознавал, что установление подобного общего согласия перестало иметь практическое значение с момента начала распространения ислама за пределами Медины. Таким образом, он негативно относился к возможности рассмотрения данного вопроса, при этом полностью отрицая законность местной или иной ограниченной *иджмы*, тем самым устраняя правовые различия.

Четвертым и последним источником права для аш-Шафии является суждение по аналогии, или *кияс*. В широком смысле использование человеческого разума в разрешении правовых вопросов называлось термином *иджстихад* («усилие» или «применение», т.е. самостоятельное вынесение решения) и включало в себя различные умственные процессы, начиная от толкования текста и заканчивая признанием достоверности *хадисов*. Таким образом, *кияс*, как суждение по аналогии, является отдельной формой *иджстихада* – методом, при помощи которого нормы, установленные Кораном, *сунной* и *иджмой*, применяются для решения проблем, ими прямо не урегулированных. Роль юридического суждения, следовательно, заключается в полном подчинении требованиям божественного откровения. Суждение по аналогии должно основываться на нормах Корана, *сунны* или *иджмы* и не может быть использовано для достижения результатов, противоречащих правилам, установленным любым из указанных первоисточников.

Хотя предшественники аш-Шафии были хорошо знакомы с суждением по аналогии, они также применяли более свободную форму суждения под названием *ра'й* («независимое суждение») и, в соответствии с более современной терминологией, *истихсан* («правовое предпочтение»). Это неизбежно вело к разнообразию подходов. Отказываясь от указанных форм самостоятельного суждения и настаивая на исключительности строго отрегулированного метода суждения по аналогии, аш-Шафии последовательно идет к своей цели – достижению

единообразия в праве. Различия во мнениях, хотя и продолжали встречаться, с этого момента были низведены до минимума. Аш-Шафии постулирует это словами, кратко излагающими суть его правового учения и его целей: «Там, где существуют ясно выраженные веления Аллаха, *хадис* или *иджма*, не допускается каких-либо разногласий. Что касается иных вопросов, ученые должны выносить свое решение согласно указаниям, содержащимся в одном из трех приведенных источников. ... Если существуют два решения, можно придерживаться каждого из них как полученных в результате рассуждений, что, однако, происходит очень редко»³⁴.

Исламская правовая наука в достаточной мере оценила роль аш-Шафии как родоначальника мусульманской юриспруденции. Более того, его место в науке исламского права сравнивалось с ролью Аристотеля в философии. Кроме этого, мы попытались показать, что гений аш-Шафии выражался не в создании совершенно новых концепций, а в новом взгляде на уже существующие теории, смещении акцентов и изменении соотношений, объединении впервые старых идей в единую систему источников права. Посредством своего учения аш-Шафии пытался найти способы остановить процесс дезинтеграции в мусульманском праве того периода и поднять исламское право на более высокий уровень посредством его преобразования из норм, принятых на местном уровне ранними школами, в систему норм, общих для всего ислама. В то же время концепция аш-Шафии была компромиссом между божественным откровением и человеческим суждением в праве. Он пытался урегулировать принципиальный конфликт, существовавший в ранних правовых школах между группой сторонников *хадисов* (*ахль аль-хадис*) и группой сторонников независимого рассуждения (*ахль аль-ра'й*). Именно в его теории права с ее неопровержимой логикой отразились тенденции мусульманской юриспруденции. В союзе с экстра-

³⁴ Как переведено Шахтом, *Origins*, 97.

ординарным упорством и целеустремленностью ее основателя она была обречена на успех. Впоследствии мусульманская юриспруденция в значительной степени пересмотрела принципы соотношения отдельных частей системы аш-Шафии. Однако его главные тезисы о том, что 1) божественная воля в действительности была более очевидно выражена, чем полагали до аш-Шафии; 2) главное божественное откровение содержится в *сунне* (т.е. описании поступков Мухаммада); и 3) человеческий разум имеет второстепенный и дополняющий характер при разрешении правовых вопросов, после смерти аш-Шафии никогда не оспаривались. Именно в трудах аш-Шафии сходятся различные тенденции ранней мусульманской юриспруденции; теперь, объединенные, они стали развиваться в направлении, определенном аш-Шафии.

Глава 5

Завершающие этапы развития

В течение ста лет после смерти аш-Шафии *сунна* Пророка заняла центральное место в деятельности правоведов, и развитие исламского права было практически полностью обусловлено отношением ученых к указанному основополагающему принципу учения аш-Шафии. Что касается собственно теории аш-Шафии, то первоначальная реакция юристов различалась от теплого приема до рьяной поддержки. Никто из них прямо не отрицал его концепцию, а если и отрицал, то литература того периода не сохранила их имен для последующих поколений. К 900 г. мусульманская юриспруденция полностью впитала в себя учение аш-Шафии в приемлемом для себя виде.

Особенностью этого периода является рост отдельной науки по изучению *хадисов* и ее собственной литературной базы. Ряд ученых посвятил себя сбору, документированию и классификации *хадисов*. Они были скорее исследователями, чем

юристами в полном смысле слова, обеспечивавшими последних исходным материалом, а задачей юристов была оценка и интеграция предоставленной информации в правовую систему.

В процессе поиска и изучения *хадисов* был выявлен большой пласт материала. Мусульманская наука крайне серьезно относилась к возможности фальсификации, но с момента, когда решения Мухаммада были признаны божественно вдохновенными, содержание *хадисов* не могло более быть объектом критики, как и сам текст Корана. Единственное, что могло быть оспорено – это цепь рассказчиков (*иснад*) *хадиса*, и в соответствии с этим была построена сложная система правил признания достоверности *хадисов*.

Достоверность *хадисов* формально определялась при помощи общепринятого критерия признания доказательств судом. Для того, чтобы показания свидетеля были признаны (достоверными, последний должен был быть нравственно чист (*адала*)). В этом отношении суды применяли все более строгие правила. К примеру, египетский *кадий* (около 795 г.) отказался признать показания человека (до этого известного своей нравственностью) вследствие того, что последний бурно аплодировал выступлению девушки-певицы. Однако подобные строгие стандарты не всегда применялись при исследовании *хадисов*. Очевидец и рассказчик *хадиса* рассматривались как высокоморальные люди априори, если только не было доказано обратное, а установленная практика тщательного отбора свидетелей *хадисов* (*тазкиййа*) едва ли могла быть надлежащим образом применена к рассказчикам *хадиса* в минувших поколениях. Более того, сам рассказчик *хадиса*, в отличие от свидетеля, не мог быть поставлен под сомнение на том основании, что его свидетельство было предвзятым. Из-за этого аналогия между свидетельством в суде и передачей *хадиса* является искусственной, а установленные мусульманской наукой критерии оспаривания *хадисов* не позволяют по-настоящему проверить их подлинность.

Как только устанавливалась надежность рассказчиков *хадисов*, *хадисы* классифицировались по степени верховенства согласно силе их *иснада*. Если цепь передачи *хадиса* была прервана (т.е. в случае, когда два следующих друг за другом человека в цепи рассказчиков не могли встречаться друг с другом) юридическая сила *хадиса*, если и не устранялась полностью, то по крайней мере уменьшалась. Кроме указанного метода, простым критерием достоверности было количество рассказчиков в каждом поколении. По степени достоверности на последнем месте стоял *хадис*, переданный единственным человеком (*хабар аль-вахид*), далее следовал «общеизвестный» *хадис* (*маши'хур*), затем – «часто передаваемый» (*мутаватир*) *хадис*, в котором количество рассказчиков в каждом поколении было достаточно большим для рассеивания любых сомнений в подложности или подтасовке³⁵.

В конце IX в. исламская наука создала несколько сборников *хадисов*, призванных отделить достоверное от ложного. В особенности два подобных сборника – сборник аль-Бухари (ум. 870 г.) и сборник Муслима (ум. 875 г.) – всегда обладали высокой репутацией в исламской юриспруденции как достоверные сборники сведений о поступках Пророка.

Здесь было бы наиболее уместным разъяснить (в пределах заданных рамок) ту позицию, которую мы занимаем в данной книге по отношению к противоречивой проблеме достоверности *хадисов*.

Мы считаем, что тезис Йозефа Шахта неоспорим и большинство правовых норм, приписываемых Пророку, недостоверны и являются результатом процесса «обратной проекции» в исламском праве, как подчеркивалось выше. Одновременно следует отметить, что Коран поставил ряд проблем, не-

³⁵ Об основном вопросе классификации хадисов см. Aghnides, *Mohammedan Theories of Finance*, Introduction, 1-117; также al-Hakim an-Naysābūrī, *An Introduction to the Science of Tradition* (London, 1953), отредактированное и переведенное Джеймсом Робсоном (James Robson).

посредственно касавшихся мусульманской общины, которые Пророк должен был решать во время своего правления в Медине. Когда тезис Й. Шахта превращается в утверждение о том, что «свидетельства о хадисах относят нас только к 100 г. по хиджре (т.е. к 719 г. н.э.)», и на этом основании отрицается подлинность практически каждого поступка Мухаммада, искусственно создается пробел в процессе развития права в мусульманском обществе раннего периода. И с практической стороны, и принимая во внимание сопутствующие исторические обстоятельства, с подобным «вакуумом» трудно согласиться. Это не означает, что цепь передачи какого-либо *хадиса (иснад)* достоверна, поскольку в большинстве случаев это действительно не так. Однако наша позиция предполагает, что содержание многих *хадисов* (особенно тех, которые решают проблемы повседневной жизни, возникающие из коранических законов) может достаточно верно передавать решение Пророка, первоначально сохраненное в устной форме. Если принять данное предположение, то приписываемые Пророку решения должны быть приняты как достоверные до тех пор, пока не приведено доказательств их ложности.

Исследование дела «О шести рабах» поможет прояснить рассматриваемую проблему. Ограничение свободы завещания третью имущества наследодателя уже упоминалось как повеление Пророка, вызванное насущной и практической необходимостью. С другой стороны, Й. Шахт³⁶ утверждает, что данное правило имеет омейядское происхождение и приводит два основания для подобного вывода. Во-первых, «омейядское происхождение данного запрета явно выражено» в *Муватте* Малика, где описано, что когда человек на смертном одре отпустил на свободу шесть рабов, бывших его собственностью, правитель Медины Абан ибн Усман заставил рабов тянуть жребий и отпустил только двух победивших. Во-вторых, *хадис*, с его полным *иснадом*, ведущим к

³⁶ Origins, 201 и далее.

Пророку, «датируется только вторым веком по исламскому летоисчислению, поскольку аш-Шафии утверждает, что это единственный аргумент против мнения Тавуса по другой проблеме в наследовании. Является ли упомянутое мнение Тавуса истинным или нет, *хадис* не мог существовать во время жизни Тавуса, реальной исторической личности, умершего в 101 г. по хиджре (720 г. н.э.)»).

Два приведенных аргумента, при всем нашем уважении, никоим образом окончательно не устанавливают омейядское происхождение данной нормы. Первое упоминание Малика просто отражает решение омейядского правителя. Оно не позволяет утверждать, что Абан ибн Усман впервые сформулировал эту норму. Можно добавить, что подобное и не подразумевалось, так как *Муватта* является по существу сборником существовавшего мединского права и не имеет своей целью выявление источников данного права. Повсюду встречающееся в *Муватте* утверждение, что это правило основывается на существующей практике и общественной согласии, представляется не только как достаточная, но и часто как главная юридическая основа для рассмотренной нормы.

До того, как приступить к оценке второго аргумента Й. Шахта, необходимо рассмотреть более подробно контекст появления *хадисов* в *Рисале* аш-Шафии³⁷. Аш-Шафии в своей книге был занят общей проблемой разрешения противоречий между отдельными отрывками Корана, прибегая к презумпции о том, что один отрывок отменяет другой. Подобная презумпция может следовать из самого Корана, или, если это невозможно, из *сунны* Пророка. Последнее верно в случае с наследованием, поскольку, утверждает аш-Шафии, введение запрета на дарение в пользу близких родственников при помощи системы заранее определенных долей выражается словами Пророка: «Запрещается дарить в пользу наследника».

³⁷ Для английского перевода см. Majid Khadduri, *Islamic jurisprudence, Shafi'i's Risala*, 141-145.

Однако, продолжает аш-Шафии, хотя право дарить родственникам-наследникам и может быть отменено, данный *хадис* равным образом мог относиться к родственникам, не являющимся наследниками. Имя Тавуса приводится в книге в качестве примера правоведа, склонявшегося к последнему мнению и пришедшему к заключению о том, что не разрешается дарить лицам, не являющимся родственниками.

Последний вывод отвергается аш-Шафии на основании *хадиса* о шести рабах, поскольку *хадис* показывает, что дарение (в виде предоставления рабам свободы), осуществленное в период смертельной болезни дарителя, должно было рассматриваться как наследование, и рабы (как получатели данного «наследства») не могли являться наследниками после смерти своего хозяина.

Следовательно, второй аргумент Й. Шахта о том, что *хадисы* не существовали во времена Тавуса, поскольку если бы они существовали, то Тавус бы придерживался иной точки зрения, верен только в том случае, если мы допускаем, что а) Тавус обязательно бы знал о существовавшем *хадисе*; б) Тавус интерпретировал бы *хадис* точно так же, как и аш-Шафии, и в) Тавус считал бы себя обязанным исполнять данный *хадис*. Каждое из этих предположений может быть подвергнуто серьезной критике.

Во времена, когда сведения о поступках Пророка передавались устно (если вообще как-либо сохранялись), и когда общение между правоведами было не таким тесным, предположение о том, что Тавус не был знаком с существовавшим *хадисом*, не умаляет его достоинств или старания как ученого. Он мог знать о *хадисе*, однако мог прийти к иным выводам, нежели аш-Шафии, так как Тавус, как пишет аш-Шафии, занимался проблемой определения круга наследников, а не размером их наследства. Наделение Тавуса такой же способностью к методичному исследованию права, какой обладал аш-Шафии, ведет к позиционированию его как предшествен-

ника аш-Шафии, опередившего свое время на столетие. Действительно, *хадис*, на первый взгляд, регулирует дарение во время смертельной болезни, а не наследование. Не является очевидным и то, что две сделки должны иметь в основе одни и те же правовые прецеденты. Сам аш-Шафии, как отмечалось выше, считал необходимым установление параллелей в качестве первого этапа своих умозаключений. Можно, конечно, возразить, что предположение о том, что содержание *хадиса* не было очевидно для Тавуса и его современников, является абсурдным. В таком случае не менее абсурдно было бы предполагать, что Тавус не рассматривал поступки Мухаммада как противоречащие своим взглядам либо по причине того, что предоставление свободы рабам (как членам семьи) не относилось к той же категории, что и передача наследства в пользу третьих лиц, либо из-за того, что запрет на передачу наследственного имущества третьим лицам применялся только в случае, когда после умершего наследовали родственники, не обладавшие правом наследования. Нет каких-либо признаков того, что Тавус придерживался такой позиции в деле с шестью рабами. В конце концов, если Тавус действительно знал бы о *хадисе* и был бы полностью согласен с мнением аш-Шафии, он не считал бы необходимым следовать мнению аш-Шафии, поскольку он жил тогда, когда авторитет Пророка как толкователя Корана еще не рассматривался как наивысший или исключительный.

Вследствие возможности одной из вышеприведенных ситуаций (и сам аш-Шафии, конечно же, должен был это допускать), второй аргумент Й. Шахта сам по себе неубедителен. Однако все еще остается фактом то, что «дело о шести рабах» впервые появляется в *Мувамме* как решение Абана ибн Усмана, и несколько лет спустя появились сведения об аналогичном решении Пророка. Один из случаев, скорее всего, выдуман, ибо существование двух подобных дел маловероятно. И вывод о том, что решение Абана ибн Усмана было

подвергнуто «обратной проекции» и приписано Пророку, согласовывался бы с общим ходом развития исламского права в данный период. Однако, даже если зайти настолько далеко, из вышеизложенного следует, что правило об $1/3$ доли само по себе омейядского происхождения.

Существует хорошо известный *хадис*, когда Саад ибн Аби-Ваккас просил совета у Пророка о том, какую часть его имущества он должен пожертвовать на благотворительность в случае, когда его единственным родственником была дочь, и Пророк установил ограничение в $1/3$ доли. Данный *хадис* не подвергается такой же критике, как «дело о шести рабах», и было бы слишком вольным допускать на основании недоверности многих решений, приписываемых Пророку, что данный *хадис* также выдуман. Конечно, мы не можем точно знать, был ли Тавус осведомлен об этом *хадисе*. Но его мнение о наследниках, как его приводит аш-Шафии, имеет смысл в случае, если мы допустим, что Тавус должен был признавать некоторые ограничения в завещательных распоряжениях, и он не мог обойти вопрос о конкретном размере данного ограничения. Во всяком случае, сам аш-Шафии очевидно знал об ином источнике правила об $1/3$ доли, кроме «дела о шести рабах», так как, описав указанное дело, он начинает приводить свои аргументы против позиции Тавуса: «Таким образом, *сунна* указывает на то, что предоставление Пророком свободы (двум рабам) во время смертельной болезни рассматривается как дарение». Что могло дать аш-Шафии основание для подобных выводов, как не уже существовавшее ограничение в $1/3$ доли?

Таким образом, исходя из имеющихся свидетельств, можно предположить следующее: при урегулировании проблемы, вызванной противоречием между нормами Корана, Пророк установил ограничение свободы завещания в размере $1/3$ доли от имущества. Позднее правовая наука применила подобное же ограничение к дарению, совершенному в пери-

од смертельной болезни. С этой целью конкретное решение приписывалось Абану ибн Усману, а позже – Пророку.

Необходимо подчеркнуть, что подобный пример не может опровергнуть фундаментальные основы тезиса Й. Шахта. Однако в ходе обсуждения его выводов ставится под вопрос его отношение к данному тезису. После того, как установлена недостоверность большинства приписанных Пророку решений, допустимо предположение о том, что ни один *хадис* не может иметь первоначальную ценность. Но неразумно делать вывод о том, что все *хадисы* должны рассматриваться как подложные до тех пор, пока их достоверность не будет объективно установлена. Принимая как само собой разумеющееся существоющий в теории исламского права механизм «обратной проекции» и появление фиктивных *иснадов*, оказывается, что наиболее важным признаком достоверности *хадиса* является его фактический предмет обсуждения. Презумпция подложности неоспорима в тех случаях, когда изложенная в *хадисе* норма права явно относится к более позднему этапу развития исламского права, или когда *хадис* касается проблем, с которыми не могло столкнуться мусульманское общество сразу после смерти Пророка. И наоборот, данная презумпция оспаривается в случаях, когда норма права естественным образом вписывается в образ жизни мусульманской общины в Медине. Конечно, такой подход мало или совсем не решает вопрос достоверности *иснада*, который может быть подложным во многих случаях, как могут быть поддельными и неточными отдельные детали вокруг *хадиса*. Но это всего лишь элементы декора для удовлетворения формальных требований, бывших столь важными в те времена.

Тем не менее, мусульманская юриспруденция признала подлинным весь свод *хадисов*, который появился в результате деятельности ученых-правоведов в IX в. Сейчас мы возвращаемся к вопросу о влиянии данного факта на развитие права.

Учение аш-Шафии явилось неким «срединным путем» исламского права, примиряющим божественную волю и человеческий разум. Однако надежды аш-Шафии на то, что это разрешит существующие конфликты и введет единообразие в праве, не оправдались. В реальности, различия во мнениях по отношению к его тезису о верховенстве *хадисов* привело к формированию трех новых правовых школ, в дополнение к тем, которые уже существовали во время аш-Шафии.

Те правоведы, которые были готовы принять строгие правила учения аш-Шафии о роли *сунны*, составляли меньшинство и образовали школу шафиитов, несмотря на отрицание самим аш-Шафии возможности создания школы на основе его учения. Шафииты занимали умеренную позицию между теми, чье отношение к *сунне* было сдержанным, и теми, чье следование *сунне* доходило до крайности.

Из последней группы в итоге сформировались две правовые школы, отрицавшие возможность признания человеческого суждения в любой форме в качестве источника права и утверждавшие, что каждая правовая норма могла обрести свою законную силу только в божественном откровении Корана и *хадисах*. Ахмад ибн Ханбаль (ум. в 855 г.), который, как говорят, никогда не пробовал арбуза из-за того, что ему не было известно никаких *хадисов* по данному вопросу, собрал в своей книге под названием *Муснад* более чем 80 000 *хадисов*, став основателем школы ханбалитов. Давуд ибн Халаф (ум. в 883 г.) категорически отрицал человеческий фактор) в правовых рассуждениях и выдвинул принцип о том, что право должно основываться только на буквальном и очевидном (*захир*) значении текстов Корана и *сунны*. Его последователи стали известны как школа захиритов. Один из поздних видных представителей захиритов, Ибн-Хазм (ум. в 1064 г.), настолько рьяно осуждал использование суждения по аналогии (*кияс*) в праве, считая данный метод искажением веры и ересью, что его многотомные сочинения были публично сожжены в Севилье.

Внутри уже существовавших правовых школ (маликитов в Медине и ханафитов в Куфе) приверженность местным традициям неизбежно повлекла за собой осторожный подход к учению аш-Шафии. Не желая полностью пересматривать существовавший *corpus juris*³⁸, как того требовало бы строгое следование принципам аш-Шафии, но в то же время будучи вынужденными признать существенную ценность данных принципов, они допускали юридическую силу *сунны* в ограниченной форме и нашли возможным привести в соответствии с требованиями теории аш-Шафии свое учение. Этот процесс не был слишком затруднительным, так как большая часть теории ранних школ уже была выражена в форме *сунны*.

Общей чертой в учении школ маликитов и ханафитов было их нежелание принимать обязательность «обособленного» *хадиса*, переданного единственным человеком (*хабар аль-вахид*), если *хадис* противоречил установленному учению. Влияние подобных *хадисов* могло быть минимизировано посредством толкования, каким бы произвольным и натянутым оно иногда ни казалось. К примеру, ханафиты, в целях сохранения нормы о том, что совершеннолетняя женщина обладала самостоятельным правом заключения брака, были вынуждены толковать *хадис*, утверждающий, что «если женщина вступает в брак самостоятельно без разрешения опекуна, то такой брак признается не имеющим юридической силы», как относящийся только к несовершеннолетним девушкам. Более того, обе школы признали юридическую силу методов, которые могли отменить «обособленные» *хадисы*: ханафиты придерживались метода «предпочтения» (*истихсан*), а маликиты – метода «общего согласия (*иджмы*) Медины». Эти методы сохраняли особенности ранних школ – свободу рассуждения в Куфе и опору на обычаи в Медине – и фактически были призваны нивелировать теорию *хияр аль-маджлис*, основанную на *сунне*³⁹.

³⁸ Лат. «кодекс права» (прим. пер.).

³⁹ См. выше.

К концу IX в. принципиальные конфликты, порожденные учением аш-Шафии, по большей части исчезли, и *сунна* заняла свое место в мусульманском праве. С одной стороны, крайняя приверженность *сунне* была смягчена признанием того, что в период развития права было необходимо использовать человеческое суждение на практике в форме рассуждения по аналогии (*кияс*). По крайней мере, это относилось к школе ханбалитов, в то время как захириты, например, строго следовали своим первоначальным принципам, и в итоге число их последователей в Средние века уменьшилось. С другой стороны, школы ханафитов и маликитов, сумев успешно отстоять свое учение, теперь были достаточно подготовлены к решению принципиального вопроса о юридической силе *сунны*.

Преобразования, начатые аш-Шафии, определили будущее исламского права. По мере распространения норм права, основанных на божественном откровении, возникала жесткость в теории права. По мере того, как отдельные нормы *сунны* признавались велением Аллаха, возможность независимого суждения правоведов ограничивалась. Родник независимого правового мышления, который поддерживал быстрое течение исламской юриспруденции на ранних этапах, постепенно иссяк. Поток замедлялся все больше и больше.

ЧАСТЬ ВТОРАЯ

ПРАВОВАЯ ТЕОРИЯ И ПРАКТИКА В ИСЛАМЕ СРЕДНЕВЕКОВЬЯ

Глава 6

Классическая теория права

В западной юриспруденции существует несколько ответов на вопрос о природе права. Согласно им, источник права следует искать в указах верховной власти, в актах судов, в «безмолвной, анонимной силе» развивающегося общества, или в самой природе мироздания. Однако в исламе допускается лишь один ответ на данный вопрос. Право является указанием Аллаха, и функция мусульманского права с самого начала сводилась лишь к определению положений божественной воли. К началу X в. принципиальные противоречия, возникшие в период формирования права и касавшиеся точного определения воли Аллаха, были по большей части разрешены. Описанные в части первой настоящей книги процессы достигли своего пика в учении, в настоящее время называемом классической теорией права.

Данное учение не является рассуждением о фундаментальных вопросах происхождения права, как это принято в западной юриспруденции. Поскольку право может быть только заранее предопределенной системой божественных заповедей (*шариатом*), собственно исламская юриспруденция называется термином *фикх* («понимание»), что означает науку, изучающую право. Классическая теория права состоит из формулирования и анализа принципов, способствующих изучению юриспруденции. В классической теории признается четыре главных принципа, основанных на божественных за-

поведях и известных как «основы юриспруденции» (*усул аль-фикх*): 1) слово Аллаха, выраженное в Коране; 2) божественно вдохновленная *сунна* Пророка; 3) суждение по аналогии (*кияс*) и 4) общее согласие (*иджма*). Однако, несмотря на то, что это принципы (*усул*) аналогичны принципам, заложенным аш-Шафии, при дальнейшем изучении видно, что структура классической правовой теории кардинально отличается от учения аш-Шафии.

Оценка норм шариата является процессом человеческого мышления, независимо от того, принимает ли он форму простого признания коранической нормы или заключается в установлении новой нормы по аналогии. Содержание и результат данного процесса, называемого *иджстихадом* (буквально «усилие» по принятию решения), регулируются правовым учением.

В первую очередь, в исламском праве определено направление, которому должен следовать *муджтахид* (человек, осуществляющий *иджстихад*). Вначале он должен попытаться найти решение правовой проблемы в положениях Корана и *сунны*, с этой целью прибегая к общепризнанным методам объяснения и толкования, в том числе к методу отмены (*наسخ*). Таким образом, классическая теория перенимает учение аш-Шафии при помощи включения в свою систему Корана и *сунны* в качестве источников божественного откровения. Однако главенствующая роль *сунны* имеет гораздо большее влияние на классическую теорию, так как *сунна* как толкует, так и отменяет Коран. Если проблема прямо не урегулирована ни Кораном, ни *сунной*, то должен быть применен метод суждения по аналогии для распространения положений божественного откровения на новые ситуации.

Второй задачей теории права является оценка результатов *иджстихада* в зависимости от того, можно ли рассматривать их как выражение божественной воли. Осмысление данной ситуации проливает свет на фундаментальность пробле-

мы признания норм права в исламе. Вопрос заключался не столько в оценке различных толкований Корана, *сунны* и результатов рассуждений в целом, а в первостепенном вопросе о юридической силе самих источников божественной воли, признаваемых в исламе. На чем же в действительности основывалась вся система источников (*усул*)? Ответ на данный вопрос был найден в концепции *иджма* (общего согласия).

В классической теории *иджма* – это консенсус между ведущими правоведами в определенном поколении. Подобное единство во мнениях рассматривается как неоспоримое. Являясь юридическим принципом, *иджма* представляет собой аксиому в мусульманской юриспруденции. Хотя возможность применения данного принципа формально выражена в хадисе, в котором говорится: «Моя община никогда не придет к ошибочному мнению», именно *иджма* обеспечивает юридическую силу *хадисов*. Термин *иджма* также используется для обозначения консенсуса всех мусульман по основным догматам религии, например, веры в Пророка Мухаммада и божественную природу Корана. Конечно, в подобном широком смысле *иджма* является не критерием признания законной силы вообще, а всего лишь коллективным выражением религиозных убеждений. В этой книге мы рассматриваем *иджму* в качестве сугубо правового принципа, задача которого заключается в определении степени важности норм божественного откровения в заданных основными религиозными догматами рамках. И при внимательном анализе оказывается, что именно *иджма* закрепляет верховенство Корана и различных сборников *хадисов* как документов божественного характера, обеспечивает юридическую силу метода рассуждения по аналогии (*кияс*), и, в конечном счете, поддерживает всю систему исламского права.

Иджтихад, предпринимаемый отдельными учеными в попытке определить волю Аллаха, мог вести только к предварительным и вероятностным выводам, называемым термином

зани (предположение). Строго говоря, к таким же неокончательным выводам можно было прийти даже в случае опоры на очевидные и недвусмысленные тексты Корана или *сунны*, и тем более в случаях, когда применялось толкование или суждение по аналогии. Однако если какое-либо мнение было результатом общего согласия между мусульманскими учеными, оно становилось неоспоримым выражением божественного закона. Следовательно, *иджма* обеспечивает целостность результатов *иджстихада*, произведенного в соответствии с правилами, заложенными в учении *усул*. Достижение консенсуса ведет к появлению определенного знания (*илм*) о божественной воле, но одновременно при отсутствии единого согласия различные мнения признаются равными друг другу попытками определить волю Аллаха.

Данная функция *иджмы* демонстрирует существенное различие между классической правовой теорией и учением аш-Шафии. Аш-Шафии рассматривал *иджму* как наименее важный источник права⁴⁰. В классической же теории *иджма* служит полноценным источником права. К примеру, институт выборности халифа как главный принцип мусульманского конституционного права не содержится в текстах Корана или *хадисов* и не сформулирован посредством метода аналогии, а является общепризнанной практикой ранней мусульманской общины. Однако главенствующая роль *иджмы* в классической теории определяется наделением ее наивысшей юридической силой. Авторитет учения аш-Шафии основывался только на внутренних достоинствах и логической привлекательности его теории. *Иджма* же в классической теории служит критерием обоснованности юридических рассуждений в целом и, в частности, определяет меру признания и авторитета принципов аш-Шафии.

Классическая теория источников права может быть проиллюстрирована на примере норм о запрете ростовщичества

⁴⁰ См. выше.

(риба). В *хадисе* общий запрет на *риба* в Коране дополняется тем, что *риба* существует и в случае, когда определенные товары одного вида обмениваются друг на друга, если оба товара не равны между собой или одна из сторон задерживает поставку. В *хадисе* перечислены шесть таких товаров: золото, серебро, пшеница, ячмень, финики и изюм. При помощи метода аналогии к обмену других товаров (которые должны были обладать теми же характеристиками, что и товары, упомянутые в *хадисе*, поскольку причина (*илла*), лежавшая в основе первоначального запрета, повторялась и в новых ситуациях) были применены так называемые «правила о *рибе*»: равенство предложений сторон и немедленная доставка товара. Отсутствие единства во мнениях по поводу причины возникновения запрета привело к появлению различных теорий в рамках правовых школ. У шафиитов и ханбалитов правила о *рибе* применяются к обмену всеми видами продуктов питания, у маликитов – только к продуктам питания, которые могут быть складированы или могут храниться длительное время. Ханафиты же распространяют эти правила на все обмениваемые товары, обычно продаваемые по весу или по размеру. Следовательно, *иджма* в данном вопросе заключается в единстве мнений по отношению к правилам о *рибе* и их применении ко всем продуктам питания, которые можно хранить длительное время. За пределами единого мнения правила о *рибе* носят характер гипотезы, когда решения, предлагаемые разными школами, признаются равновозможными толкованиями воли Аллаха.

Из-за существования гораздо более глубоких различий между школами, например, в сфере принципов права, применяемых ханафитской и маликитской школами при определении юридической силы *хадисов* и осуществлении *кияса*⁴¹, *иджма* в определенном смысле является отклонением от учения аш-Шафии, так как она делает возможным сохранение различий,

⁴¹ См. выше.

против чего выступал аш-Шафии. Однако эта черта *иджмы* на самом деле ограничивалась признанием *status quo* и существовала в ранний период. Позднее *иджма* превратилась в принцип запрещения и ограничения. Будучи однажды достигнутой, *иджма* более не подлежала пересмотру. Противоречить ей было ересью, а возможность ее отмены *иджмой* ученых последующего поколения была маловероятной, хотя теоретически и допускалась. Дальнейшие дискуссии были исключены не только по вопросам, по которым была достигнута *иджма*, но и по тем вопросам, по которым правоведы ранее пришли к признанию существования различий, так как если *иджма* охватывала два возможных мнения, то высказывание третьего мнения должно было противоречить *иджме*. По мере того, как сфера применения *иджмы* в данном широком смысле расширялась, использование независимого суждения (*иджстихада*), уже в период формирования исламского права ограниченного признанием верховенства *хадисов* и жестким регулированием методов рассуждений, в итоге полностью прекратилось. Таким образом, *иджма* стала последним этапом в процессе ужесточения исламского права.

В начале X в. представители мусульманской юриспруденции в своем тезисе, известном как «заккрытие дверей *иджстихада*», признавали, что их творческая энергия иссякла. Право на использование *иджстихада* было заменено обязанностью *таклида* или «подражания». С этого момента каждый юрист стал «подражателем» (*мукаллид*), обязанным признать учение своих предшественников и следовать ему. Некоторые современные исследователи⁴² предполагают, что принцип *таклида* возник из-за своеобразных обстоятельств периода монгольских завоеваний в XIII в., когда при его помощи шариат был сохранен от опасностей, исходивших от разрушительных орд Чингисхана. Однако исторически дан-

⁴² См., например, Ostrorog, *The Angora Reform*, 31. (Cf. Montgomery Watt, *Islam and the Integration of Society* (London, 1961), 243, 207.).

ный феномен появился еще за три века до монгольского нашествия и возможно был результатом внутренних причин, а не внешних обстоятельств. Со временем все материальные источники божественной воли были полностью исчерпаны. Преувеличенный пиетет к ученым предыдущих поколений привел к возникновению у правоведов убеждения в том, что работа по толкованию и раскрытию содержания источников права уже была полностью завершена их великими предшественниками, чьими усилиями шариат достиг окончательной и наиболее совершенной формы. Данная ситуация была тесно связана с незначительной ролью и распространенностью *иджмы*. Как естественное следствие развития классической теории, она представляла собой рационализацию *post facto*⁴³ положения дел, достигнутого в кульминационный момент стремления выразить право в соответствии с божьей волей. Когда в X в. все правоведы пришли к выводу о «закрытии дверей *иджтихада*», мусульманская юриспруденция была вынуждена закрепить результаты своей работы и установить определенный круг норм.

Таким образом, ограниченная и связанная принципом *таклида* юридическая деятельность была сведена к изучению и детальному анализу уже установленных норм. Начиная с X в. роль юристов сводилась к комментированию работ правоведов прошлых времен, и их усилия волей-неволей превращались в схоластику и иногда в значительной степени приобретали вид игры слов. Серьезное значение придавалось таким гипотетическим вопросам, как, например, установление точного момента открытия наследства человека, обращенного дьяволом в камень. Извлекая последние крупинки из норм и основных принципов, юристы считали, что расплавленное масло, в котором утонула мышь, не могло быть использовано в качестве масла для ламп, так как примесь плоти умершего животного загрязняет воздух. Точно также не позволялось

⁴³ Лат. букв. «после факта» (прим. пер.).

ездить верхом на верблюде, выпившем вино, поскольку запрещенная жидкость могла попасть на человека через верблюжий пот. Дед философа Ибн-Рушда маликитский ученый Ибн-Рушд (ум. в 1126 г.) называет последний пример «последним словом в благочестии и высшей степенью набожности». Данная фраза характеризует мнение и цели ученых того времени. Хотя в правовых отношениях в подобные крайности и педантизм не вдавались, вся юриспруденция теперь была пропитана духом альтруистического идеализма⁴⁴.

В действительности же исламская юриспруденция была по сути идеалистической с самого начала. Исламское право развивалось не из практики судов или иных способов правовой защиты (например, как римское право из *actio*⁴⁵ или английское обычное право из судебных решений), а возникла как система, разработанная мусульманскими учеными и являвшаяся альтернативой судебной практике. Исламское право пользовалось авторитетом не в силу традиций, а основываясь на теоретических выводах ученых о том, почему следует поступать именно так, а не иначе. Одновременно правоведы первых школ уделяли значительное внимание правовой практике, принимая ее как соответствующую исламу до тех пор, пока она явно не нарушала религиозных принципов. Однако к X в. дальнейшее развитие теории четырех источников права (*усул*), исключавшей любую мысль о решениях судов как источнике права, привело к изоляции в теоретическом аспекте. Право, будучи отделенным от судебной практики, стало интроспективной наукой, т.е. изучалось и развивалось само по себе.

Одним из явных примеров подобного идеализма (в плане общего пренебрежения к содержанию судебных решений при

⁴⁴ Об этом аспекте мусульманской юриспруденции см. мою статью, «*Doctrine and Practice in Islamic Law*», в BSOAS, xviii/ 2 (1956).

⁴⁵ Лат. букв. «движение». В римском праве означало судебный процесс, иск (прим. пер.).

определении основных прав и обязанностей, игнорирования каких-либо правовых процедур и способов их исполнения) является мусульманское конституционное право. Здесь юристы выдвинули теорию о выборах халифа посредством голосования представителей мусульманской общины и определили критерии, предъявляемые к кандидатам на должность. Данная система базировалась на исторических обстоятельствах правления первых четырех халифов и была по большей части сформулирована в противовес установлениям омейядского периода, отличительной чертой которого был переход политической власти по наследству. Но предложенная юристами теория не соответствовала политической реальности, за исключением, возможно, раннего периода правления династии Аббасидов. Подобные отклонения от идеалов вызывали недовольство и порицание со стороны правоведов, однако сам шариат был бессилем их предотвратить. В реальной жизни все решали люди, обладавшие властью, что впоследствии было признано и учеными, осудившими гражданское неповиновение даже в случаях незаконности существующей политической власти. Очевидно, эффективность воплощения системы шариата на практике полностью зависела от прихоти фактического правителя государства.

Шариат, по сути являющийся идеальным кодексом поведения, в действительности направлен на достижение более обширного круга целей и обладает более широкой сферой применения, по сравнению с обычной правовой системой в западном понимании. Мусульманская юриспруденция (*фикх*) не только детально регулирует ритуальную практику, но и вопросы, больше относящиеся к медицинской гигиене или социальному этикету. Правовые трактаты, как правило, в первую очередь затрагивали именно эти темы. Как видим, шариат является сложной наукой, объединяющей право и мораль, представители которого (*фукаха*, в единственном числе – *факих*) оберегают нравственность мусульман.

Следовательно, все деяния и отношения рассматриваются и оцениваются с точки зрения морали. Центральной категорией среди допустимых или нейтральных деяний (*мубах*) в первую очередь являются рекомендованные деяния (*мандуб*), когда совершение деяния вознаграждается Аллахом, а его несовершение не ведет к наказанию. Вторую группу образуют прямо запрещенные деяния (*харам*). Однако в шариате право и нравственность не смешиваются полностью. К примеру, развод мужа с женой в одностороннем порядке (*талак*) порицается с точки зрения морали (*макрух*), но, тем не менее, такой развод законен и имеет юридическую силу, даже если осуществлен в особо неодобряемой шариатом форме, называемой *бид'а* («новация»). В настоящей книге наше внимание пока ограничивается собственно правом. Нравственные критерии лишь служат напоминанием религиозного характера шариата и того факта, что мы имеем дело только с частью всеобъемлющего кодекса поведения, являющегося «законом» в исламском понимании, и конечная цель которого заключается в сохранении благосклонности Аллаха в этой жизни и загробном мире.

Начиная с X в. влияние учения о *таклиде* отражается на правовой литературе. В основном оно заключалось в составлении ряда всеобъемлющих комментариев к трудам первых представителей исламской юриспруденции: Малика, аш-Шайбани и аш-Шафии. В дальнейшем комментарии были дополнены. Разные взгляды и направления критически рассматривались и объединялись, и в результате появились краткие сборники права. Практически все без исключения авторы отошли от рабского подражания не только содержательной стороне, но и форме изложения и классификации, принятой правоведами раннего периода. К XIV в. появились различные тексты правового характера, впоследствии снискавшие особый авторитет в разных правовых школах и регионах распространения ислама. Являясь для каждой школы сборниками

принятых *иджмой* норм права, эти книги оставались наиболее авторитетными толкованиями шариата вплоть до появления в исламе в XX в. правового модернизма.

Таким образом, при помощи принципа *иджмы* классическая исламская юриспруденция превратила теорию, закрепленную в правовых текстах, в наиболее полное выражение божественной воли. Однако из анализа исторического процесса, приведенного в первой части настоящей книги, следует, что 1) большая часть норм произошла из местных обычаев и учений правоведов, 2) соотношение этих норм с положениями божественной воли было искусственным и 3) классическое учение о четырех источниках права (*усул*) стало кульминацией более чем двухсотлетнего процесса развития. При этом традиционная исламская наука считает, что учение об источниках права существовало с момента появления ислама. Возникновение права рассматривается исламскими традиционалистами как процесс схоластического исследования, полностью независимого от влияния истории и общественного развития. Следовательно, появившись однажды, право не могло стать предметом исторической экзегезы⁴⁶, в том смысле, что его нормы не могли быть применены только к определенным обстоятельствам развития общества в заданный период. Более того, право неизбежно стало неизменяемым, поскольку Мухаммад был последним из пророков, а после его смерти божественная воля не могла быть передана другому человеку.

Таким образом, мусульманское право не является продуктом общества и не образовано в процессе общественного развития, как это происходит в западных правовых системах. Лишенный сторонней помощи, человек не способен распознать истинные ценности и стандарты поведения. Подобное знание, в особенности нормы добра и зла, могут быть получены только через божественное откровение. В исламском

⁴⁶ Толкование текста (прим. пер.).

понимании право предшествует обществу и образует его, и именно велениям шариата, имеющим вечную юридическую силу, в идеале должны соответствовать государство и общество.

Глава 7

Единство и различия в шариате

Дерево, чьи ветви исходят из одного ствола и корней; море, образованное водами разных рек; нити, сплетенные в единую ткань; переплетенные ячейки рыбацкой сети – это только некоторые из метафор, используемых мусульманскими авторами при объяснении феномена *ихтилафа* (разнообразия в учении) в шариате. Правовые школы, создавшие подобное разнообразие, рассматриваются как различные, но не разделимые элементы единого целого. Согласно утверждению Пророка, существует не менее 360 путей достижения истины. Однако если на минуту отвлечься от малых школ или сект, в суннитском исламе с XIV в. сохранились только четыре правовые школы: ханафиты, маликиты, шафииты и ханбалиты. В настоящей главе мы рассмотрим взаимоотношения между указанными четырьмя школами (*мазхабами*, в ед. числе – *мазхаб*), наделяемыми исламской философией права неограниченными полномочиями по осуществлению *иджмы*.

В период формирования исламского права школы относились друг к другу враждебно и конкурировали между собой, что было вполне объяснимо, учитывая обстоятельства их происхождения. Различия в учениях первых школ в Медине и Куфе, право которых в наибольшей степени отражало местную юридическую практику, были естественными и неизбежными. Однако под влиянием политики Аббасидов, стремившихся установить систему государства и общества, основанную на исламской религиозной этике, указанные школы начали представлять свои правовые учения как общие

для всех мусульман, не ограничиваясь отдельной местностью. В дальнейшем конфликт по поводу признания принципов права привел к противостоянию между школами шафиитов и ханбалитов. Вплоть до второй половины IX в. четыре школы занимали позицию нетерпимости по отношению друг к другу и спорили между собой, соперничая за признание именно их учения наивысшим выражением божественного закона.

Как следует из записей аль-Кинди о первых судьях Египта, правовая практика лишь отражала и подчеркивала различия между правоведами. Некоторые *кадии* демонстрировали уважение к толкованиям, принятым в других школах. К примеру, ханафит Ибрагим ибн аль-Джаррах, *кадий* в 820 – 826 гг., имел привычку отмечать различия во взглядах Абу-Ханифы, Малика и других ученых на оборотной стороне судебных протоколов, выделяя те положения, к которым он склонялся, что позволяло его секретарю подготовить соответствующее решение. Как правило, судьи строго следовали принципам какой-либо из школ, в результате чего они утратили свою первоначальную роль знатоков местных правовых обычаев. Аббасидскими правителями было официально признано ханафитское право, что естественно привело к повсеместному назначению местных судей из лиц, обученных в рамках данной школы. Первым судьей, применявшим ханафитское право в Египте, был Исмаил ибн аль-Яса. Хотя его достоинства как судьи вызывали общее уважение, применение им незнакомых и чуждых правовых норм (особенно его политика следования указаниям Абу-Ханифы по признанию незаконными благотворительных пожертвований) спровоцировало недовольство населения, приведшее к его отставке в 783 г.

Богословские споры иногда способствовали выявлению противоречий между школами и приводили к возникновению неприязни и открытой вражды. В течение знаменитого периода испытаний мусульманских богословов (*михна*), начатого халифом аль-Мамуном в 833 г. с целью заставить местных

ученых следовать теории сотворения Корана с точки зрения мутазилитской⁴⁷ богословской школы, ханафитский *кадий* аль-Лаиф, сам придерживавшийся мутазилитского учения, отказался предоставить маликитским и шафиитским правоведом возможность выступить перед прихожанами в мечети. Несколько лет спустя после окончания *михны* маликитский судья аль-Хариф отомстил ханафитам, выдворив ханафитских правоведов из мечетей, и, как известно, не принимал в своем суде свидетельских показаний от лиц, известных своей приверженностью к ханафитскому учению.

Подобное противостояние между правовыми школами могло приводить к существенным проблемам для участников судебного процесса, как видно из случая о «Доме слона», более чем на столетие занявшего внимание египетских судей. Дело заключалось в решении вопроса о том, относились ли истцы, происходящие от дочери наследодателя, к числу наследников при наследовании семейного имущества. Согласно ханафитскому праву, во многих случаях признающему важность родства по материнской линии, к наследникам относились и дети дочери, тогда как в маликитском праве, где верховенство в основном отдавалось наследникам по отцовской линии, это не допускалось. Следуя последнему правилу, маликитский *кадий* Харун отклонил иск в 835 г. Десять лет спустя занявший его место ханафитский судья решил дело в пользу истцов. В свою очередь, это решение было отменено маликитом аль-Харифом в 859 г. Тогда истцы обратились к халифу, который, по совету комиссии, назначенной для рассмотрения дела и состоявшей из юристов-ханафитов, приказал отменить решение аль-Харифа и в итоге разрешил судебный спор в пользу истцов.

⁴⁷ Мутазилиты (араб. «обособившиеся») – представители первого крупного направления в исламском богословии, игравшие значительную роль в религиозно-политической жизни Дамасского и Багдадского халифатов в VII–IX вв. (прим. пер.).

Развитие теории исламского права в конце IX в. стало главным фактором в уменьшении напряженности между разными школами. Как только школы пришли к общему мнению по поводу системы источников права (*усул*) и обнаружили единство по отношению к источникам шариата, соперничество и вражда постепенно уступили место взаимной терпимости. В конце концов, единство разных школ было признано и утверждено классической концепцией *иджмы*.

Тем не менее, ханбалитская школа на протяжении нескольких веков занимала достаточно неустойчивую позицию в ряду четырех основных школ. Приверженцы крайне антирационалистического отношения к праву, ханбалиты вначале отрицали метод суждения по аналогии, и поэтому другие школы рассматривали их скорее как собирателей *хадисов*, а не как собственно юристов. В богословском плане радикальные идеи ханбалитов яростно противостояли принципам ашаритов (сторонников смягченной формы рационализма, в основном воспринятой суннитским исламом). Во время ряда восстаний в Багдаде в XII и XIII вв. ханбалиты подвергались гонениям отдельных представителей иных школ⁴⁸. То, что другие мазхабы, придерживавшиеся концепции *иджмы*, приняли ханбалитов в свой круг, показывает одновременно широту *иджмы* как принципа терпимости, и то, что по большей части правовая наука отстранилась от рассмотрения строго теологических вопросов.

Как уже можно было заметить⁴⁹, появление общей для всех школ теории *усул* мало повлияло на существовавшее разнообразие в учениях мазхабов. Действительно, у шафиитов и ханбалитов создание правовой теории предшествовало созданию права, и это необходимо принимать в расчет при рас-

⁴⁸ См. французский перевод Ж.А. Буске (G.H. Bousquet) в сокращенной форме в одном из трудов Гольдциера, *Études islamologiques d'Ignaz Goldziher* (Leiden, 1962), 52-56.

⁴⁹ См. выше.

смотрении факта более частого совпадения их учений между собой, чем с учениями маликитов и ханафитов. Несмотря на это, между ними возникали существенные противоречия, и не только из-за жесткого следования ханбалитов *хадисам* со слабым *иснадом* в тех случаях, когда шафииты прибегали к суждению по аналогии. Противоречия возникали и из-за того, что сами *хадисы*, вобрав в себя местные традиции и мнения ранних школ, часто позволяли выбирать между противоречащими друг другу положениями *хадисов*, обладавших равной юридической силой.

С другой стороны, ханафитское и маликитское право существовали еще до того, как шафииты предложили теорию *усул*, и даже несмотря на то, что их право уже было формально приведено в соответствие с данной теорией, в особенности с признанием силы *хадисов* о Пророке, ханафиты и маликиты сохранили остатки местных традиций, которые, однако, явно не выражались. Ханафитская и маликитская школы пытались рационализировать теорию *усул* в течение IX в. при помощи изменения и дополнения отдельных аспектов учения аш-Шафии.

Большинство из этих дополнений отражают основное положение главного тезиса аш-Шафии – верховенство *хадисов* о Пророке. Данный тезис (о нем еще будет упомянуто) первоначально выражал взгляды тех, кто противостоял официальной доктрине ранних школ. Одной из отличительных деталей ханафитской теории права был принцип «Дополнение означает отмену». Данный принцип означает, что в случае, когда два текста божественного откровения (*насс*) рассматривают один и тот же вопрос, но один из них добавляет новые положения к содержанию другого, тогда текст, содержащий данное дополнение, отменяет предыдущий *prima facie*⁵⁰. Указанный принцип был принят с целью предотвращения одновременного наделения равной юридической силой двух *хадисов*,

⁵⁰ Лат. юр. «при отсутствии доказательств в пользу противного» (прим. пер.).

один из которых утверждал, что в качестве неопровержимых доказательств правомерности требований истца достаточно наличие клятвы истца и показаний одного свидетеля. Другой *хадис* закреплял наказание за прелюбодеяние (*зина*) в виде сотни ударов плетью и одного года изгнания. И изгнание как наказание за прелюбодеяние, и признание клятвы истца, поддержанной словами одного свидетеля, в качестве доказательства были обычной практикой в омейядский период, против которой выступали правоведы Куфы. Их ханафитские последователи, признававшие силу *хадисов*, в которых были выражены две упомянутых нормы, были вынуждены отстоять свой традиционный подход при помощи следующего аргумента. Сам Коран упоминает о законности показаний только двух свидетелей, а наказание за прелюбодеяние предусматривается только в виде избиения палкой. Поэтому возможность замены данных норм клятвой истца или изгнанием, как следует из соответствующих *хадисов*, означает, что *хадисы* не только толкуют Коран, но противоречат ему. Следовательно, должно быть применено правило отмены. Но так как каждый *хадис* основан на словах только одного человека (*хабар аль-вахид*), их юридическая сила не достаточна для отмены текста Корана, и поэтому содержание данных *хадисов* не является обязательным.

Однако наиболее выдающейся чертой маликитского и ханафитского права (в противовес шафиитам и ханбалитам) является их признание вспомогательных источников права, что представляет собой классический элемент правового метода ранних школ, ликвидировать который стремился аш-Шафии. Свобода и гибкость правового рассуждения были сутью ханафитского принципа *истихсан* (юридическое предпочтение), и, в меньшей степени, маликитского принципа *истислах* (суждение исходя из общественного интереса). В то же время концепция местной *иджмы* сохранилась в маликитском принципе «*иджмы Медины*», авторитет которой был фор-

мально подкреплён тем, что Медина была родным городом Пророка и, следовательно, подобная *иджма* являлась всего лишь продолжением *сунны* Пророка. Играя роль юридических критериев, альтернативных и зачастую обладавших верховенством по отношению к *хадисам* или суждению по аналогии, эти принципы явно противоречат тезису аш-Шафии о том, что *хадисы* обладали высшей юридической силой, а *кияс* являлся единственным допустимым методом правового суждения. Хотя юридическая литература, начиная с классического периода, стремилась преуменьшить значение вышеуказанных принципов, они представляют собой настоящую основу ханафитского и маликитского права. Их сохранение в виде *иджмы* показывает, насколько успешно ранние школы оправились от «атаки» теории аш-Шафии, и почему они смогли сохранить свои отличительные черты, обусловленные обстоятельствами их происхождения.

Некоторые современные исследователи⁵¹ сформировали представление о том, что *истихсан* и *истислах* (как принципы, свойственные соответственно ханафитам и маликитам) находятся на том же уровне, что и признанный шафиитской школой принцип *истисхаба*. Однако, *истисхаб* – это всего лишь принцип правового доказывания; презумпция того, что практика, существовавшая в прошлом, продолжает существовать до тех пор, пока не будет установлено обратное. В таком виде *истисхаб* в целом принят исламской юриспруденцией, хотя возможно шафииты и применяют его более последовательно, чем другие школы. Согласно данному принципу, без вести пропавший человек (*мафкуд*) считается живым до тех пор, пока не установлено обратное. Например, решением судьи о предполагаемой гибели человека, основанным на факте того, что время, прошедшее с момента его исчезновения, равняется нормальному периоду жизни человека. Следовательно,

⁵¹ См., например, Fysee, *Outlines of Muhammadan Law*, 19, и Abdur Rahim, *Muhammadan Jurisprudence*, 165 f.

открытие наследства в отношении имущества умершего человека происходит в момент вынесения судебного решения, и соответствующим образом определяются правомочные наследники. Только шафиитская школа признает, что из принципа *истисхаба* следует право самого пропавшего человека наследовать имущество родственника, умершего в период его отсутствия. Применение принципа *истисхаба* предполагает, что пропавший человек переживет всех родственников, умерших до вынесения судьей решения о его предполагаемой гибели. Но согласно мнению других школ, пропавший человек в данном случае должен считаться умершим с даты его исчезновения, поскольку для них принцип *истисхаба* служит способом защиты имущества пропавшего человека от притязаний его наследников, а не в качестве средства обеспечения его собственных претензий на имущество других. Из приводимого ниже примера будет ясно видно, что рассматривать принципы маликитской и ханафитской школ как некое подобие принципа *истисхаба* означает полностью не понимать их значение и важность.

Как только существовавшая в ранний период вражда между мазхабами исчезла, и установилось их мирное сосуществование, развитие теории исламского права естественно стало отражать их взаимодействие. Тем не менее, хотя процесс взаимодействия часто и приводил к перениманию отдельных элементов права друг у друга, он редко затрагивал основы правовых школ.

Например, в отношении такого преступления, как убийство, все мазхабы признают процедуру оправдания подсудимого на основании клятвы других лиц в его невиновности (*касама*). Для мединской школы данный метод служил доказательством виновности в случае, если вина обвиняемого не могла быть установлена ни его собственным признанием, ни обычной процедурой привлечения двух очевидцев убийства. Пятьдесят обвинительных клятв, полученных от кров-

ных родственников жертвы (*акила*), устанавливали вину обвиняемого наряду с другими признаками его вины. Согласно Малику, подобные признаки могли включать только два обстоятельства: слова самого умирающего, обвиняющие убийцу или наличие одного очевидца преступления. Последнее обстоятельство Малик называет «подозрение» (*ляу*). Однако аш-Шафии дал более широкое определение слову «подозрение» – это любые обстоятельства, ведущие к обвинению подозреваемого. Позже данная точка зрения оказала влияние на маликитское право, которое установило несколько дополнительных ситуаций, в которых могли возникнуть достаточные основания для «подозрения», включая, к примеру, обнаружение обвиняемого со следами крови рядом с телом убитого. Но даже при этом шафиитское и маликитское право не пришли к единому мнению, поскольку маликиты считали упоминание умирающей жертвой имени своего убийцы одной из категорий «подозрения», что, в свою очередь, не признавалось шафиитами. Маликиты исключали из числа доказательств наличие неприязни между обвиняемым и жертвой, а шафииты, наоборот, допускали данный факт в качестве доказательства⁵². Ханафиты не участвовали в этом споре. Тем не менее, они сохранили одну из традиций куфской школы, рассматривавшей оправдание подсудимого на основании клятвы других лиц в его невиновности исключительно в качестве меры защиты подсудимого. Для оправдания обвиняемого было необходимо клятвенное свидетельство пятидесяти его соседей.

Примером взаимодействия в сфере семейного права является принцип «*кафа'а*» (равенство в браке)⁵³. Он появился в Куфе и, несмотря на неизвестность в раннем мединском праве, был позже перенят маликитами. Однако в маликитской системе этот принцип не был настолько разработан, как в ха-

⁵² См. Anderson, *The Maliki Law of Homicide*, брошюра, опубликованная Gaskiya Corporation, Zaria, N. Nigeria.

⁵³ См. выше.

нафитском праве. Ханафиты, к примеру, считали, что профессия или род занятий мужа является важным элементом при определении того, является ли он равным своей супруге, и для этой цели разработали подробную иерархию профессий. Маликиты, с другой стороны, не считают данный вопрос существенным. Поэтому данный принцип в маликитском праве не настолько важен, как в ханафитском. В последнем он в первую очередь призван защитить интересы опекуна женщины, поскольку опекун имеет право требовать признания брака, заключенного его взрослой подопечной без его согласия или участия, незаконным по причине неравенства сторон. В маликитском праве брак может быть заключен только опекуном невесты, и требование о признании брака незаконным на основании неравенства сторон соответственно ограничивается случаями, когда жених умышленно представил себя в ином статусе.

Для истории исламского права наиболее важным итогом сложного процесса развития и изменения теории права была утрата осмысленных познаний об истинных источниках происхождения права. Ханафитская и маликитская школы попытались объединить свои традиционные нормы в единую систему при помощи теорий, сформулированных еще первыми представителями этих школ в классический период. В особенности двум правоведам, Малику и Абу-Ханифе, незаслуженно приписывается заслуга родоначальников учения о праве⁵⁴. В результате различия между двумя школами, которые были обусловлены их изначально местным характером, продолжали существовать в русле юридического процесса, установленного учением о четырех источниках права (*усул*), независимо от того, была ли первоначальная причина различий заложена в местных обычаях, в правовых суждениях (*ра'й*), либо в других обстоятельствах. Школы Медины и

⁵⁴ См. Schacht, «Sur la transmission de la doctrine dans les écoles juridiques de l'Islam», *Annales de l'Institut d'Études orientales*, Algiers, x, 1952.

Куфы, как мы видели⁵⁵, различались, например, подходами при определении мер материальной поддержки мужем своей окончательно разведенной жены на протяжении «периода ожидания» (*идда*). В Куфе муж был обязан полностью обеспечивать жену в материальном плане, тогда как в Медине жена обладала только правом жить в доме мужа, если не была беременна. Маликитские и ханафитские юристы классического периода следовали учениям своих предшественников, однако в этот раз они толковали их с точки зрения общепризнанного права жены на материальное обеспечение, а именно: материальная поддержка супруги стала обязанностью мужа в качестве платы за ту власть (контроль – *ихтибас*), которой он обладал над женой. Обе школы сходились в том, что период *идда* был предусмотрен также и в интересах мужа, поскольку позволял определить отцовство при рождении ребенка разведенной женой. Однако если ханафиты считали, что *идда* сама по себе основана на праве контроля над жизнью жены со стороны мужа, что уже возлагало на него обязанность по ее содержанию, то маликиты возражали, полагая, что установление периода *идда* было необходимо для доказательства беременности жены от предыдущего брака. Очевидно, что истинная причина различий, заключающаяся в существовании различных текстов Корана по данному вопросу, с тех пор давно канула в лету.

Часто признается, что различия в учениях между суннитскими школами не настолько существенны в сравнении с их единством по важным вопросам, и их правовые системы обладают одной и той же фундаментальной структурой и включают те же основные правовые институты, различаясь лишь в незначительных деталях.

По общему признанию, большая часть различий носит несущественный характер. Например, все школы признают принцип законнорожденности, зависящий от зачатия ребенка

⁵⁵ См. выше.

в период законного супружества родителей, а не только от факта рождения. Все школы признают минимальный период беременности длительностью в шесть месяцев, что исключает презумпцию законнорожденности для ребенка, родившегося в первые шесть месяцев брака. По данному вопросу школы разнятся только в том, начинается ли шестимесячный срок с момента заключения брака или с момента фактического вступления в брачные отношения. Общими для всех школ являются фундаментальные правила об опеке и попечении над детьми (*хадана*). В случае развода или появления вражды между супругами право опеки над малолетними детьми предоставляется матери, но она теряет это право в случае вступления в новый брак или в случае, если полностью исключается влияние и контроль со стороны отца в отношении детей. В этом случае право опеки переходит к бабушке по материнской линии или иному родственнику в соответствии с общепризнанной иерархией. Различия между школами по данному вопросу в основном заключаются в определении продолжительности срока опеки и попечения, прекращающегося в отношении девочек при достижении ими семи лет (у шафиитов), либо девяти лет или половой зрелости (у ханафитов), либо с началом брачной жизни (у маликитов). Следует заметить, что подобные различия в праве часто встречаются и между отдельными правоведами в пределах одной школы.

Однако существует множество вопросов, по которым школы резко отличаются друг от друга, и данные особенности не могут быть отнесены к незначительным. К примеру, правила о разводе. Все школы сходятся во мнении, что брак может быть прекращен либо односторонним решением мужа, либо совместным согласием супругов. Тем не менее, учения мазхабов радикально расходятся в отношении оснований расторжения брака по решению суда. В ханафитском праве единственным основанием для судебного расторжения брака является заявление жены о невозможности брачных от-

ношений в связи с импотенцией мужа. Маликитское право позволяет жене требовать расторжения брака в случае, если муж покинул ее, материально не содержит, жестоко с ней обращается, физиологически неспособен к брачному сожителству (даже если это происходит после начала брачных отношений). Жена может требовать расторжения брака и в случае заболевания мужа хроническим или неизлечимым заболеванием, что делает продолжение брака пагубным для жены. Следовательно, наблюдается различие между системой, которая признает только судебное расторжение брака при физиологической невозможности брачных отношений, и системой, признающей возможность расторжения брака по решению суда при наличии ряда «нарушений» условий брака со стороны мужа.

Наследственное правопреемство предоставляет еще один пример различий, которые едва ли могут быть названы незначительными в юридическом плане. Золотым правилом наследования для всех школ является распределение наследственных долей (*фара'ид*) наследникам по Корану и передача оставшегося имущества ближайшим родственникам по отцовской линии (*асаба*). Однако маликиты считают, что при отсутствии родственников по отцовской линии наследовать должна государственная казна, тогда как оставшиеся три школы полагают, что государственная казна может наследовать только выморочное имущество при отсутствии иных родственников. Эта противоречие ведет к трем выводам. Во-первых, учение *радд* (пропорциональная передача имущества кораническим наследникам в отсутствие родственников по отцовской линии) у маликитов не существует. Во-вторых, согласно мнению ханафитов, шафиитов и ханбалитов, родственники по материнской линии (*дахаву'л-архам*) – дети умершей дочери или сестры – наследуют при отсутствии коранических наследников или родственников *асаба*, но не наследуют в маликитском праве, где вместо них наследует государственная

казна. В-третьих, в связи с тем, что ограничение завещательного распоряжения одной третью имущества призвано защитить интересы законных наследников, лицо, не имеющее наследников, может, согласно большинству мнений, передать все имущество по завещанию, тогда как в маликитском праве завещательное распоряжение ограничивается одной третью имущества.

Таким образом, наделение государственной казны статусом наследника является отличительной особенностью маликитской системы наследования. Очень часто цепь различий между школами происходит из единственного принципиального противоречия. Поэтому относиться к особенностям мазхабов как к незначительным расхождениям по отдельным вопросам означает упустить сущность каждой из школ.

В действительности же различия между школами зачастую лежат глубже, не ограничиваются лишь теорией, и затрагивают основы их правового метода и мировоззрения. Нередко приводится противопоставление ханафитов как сторонников метода *ра'й* маликитам как сторонникам *хадисов*. Было бы неправильно рассматривать эти особенности мазхабов только как конфликт между теми, кто использует человеческое рассуждение в праве и теми, кто следует божественно вдохновленным поступкам Пророка, так как в период становления мусульманского права обе школы разделяли в принципе одно и то же мнение по данному вопросу. Возможно, данные отличия были приписаны мазхабам на основании тех вспомогательных юридических принципов, которые они применяли, так как «*иджма* Медины» у маликитов относилась к классическому периоду и была продолжением *сунны* Пророка, а слова *сунна* и *хадис* в то время уже использовались как синонимы. Одновременно ханафитский принцип «предпочтения» (*ихтисхан*) ассоциировался (по крайней мере с точки зрения их оппонентов) с неограниченным самостоятельным вынесением решений. В этом плане различия между мазхабами от-

ражают фундаментальные основы двух указанных школ, которые фактически выражают их вспомогательные источники права: консервативная приверженность традициям у маликитов и свобода юридического рассуждения у ханафитов. Многие аспекты семейного права (например, верховенство *patria potestas*⁵⁶ в маликитском праве) демонстрируют отличия между мазхабом, задача которого заключалась в сохранении традиционных устоев, и мазхабом, цель которого заключалась в создании своей собственной системы норм.

Следующее отличие между ханафитской и маликитской школами лежит в сфере применения норм права и судебного процесса. Во многих отношениях маликитская система воплощает моралистский подход к решению правовых вопросов, в отличие от принятого ханафитами формалистского подхода. В то время, как маликиты уделяют большее внимание намерению человека как элементу, определяющему его поступки, ханафиты главным образом ограничиваются внешней стороной поведения человека.

Следовательно, когда, например, находящийся при смерти человек признает за собой наличие долгов, маликиты считают, что признание в этом случае подлежит судебному разбирательству. По мнению маликитов, признание наследодателя является законным и действительным только в случае, если суд признает его заявление истинным и посчитает, что своим признанием наследодатель не намеревался нанести ущерб своим законным наследникам, сделав признание в пользу кредитора. С другой стороны, в ханафитском праве намерение наследодателя в этом случае не принимается во внимание. Как правило, признание долга имеет юридическую силу в случае, если оно сделано в пользу лица, не являющегося наследником, и незаконно, если признание сделано в пользу наследника. Приведем другой пример. Существует запрет на новый брак между мужем и его бывшей женой, с которой

⁵⁶ Лат. «власть отца семейства (домовладыки)» (прим. пер.).

муж развелся тремя «*талаками*». Запрет может быть снят только после брака женщины с другим мужчиной, последующим брачным сожителем и разводом. Мнение маликитов заключается в том, что наиболее важным является намерение сторон при заключении промежуточного брака. Если суд находит, что единственной целью подобного брака было заключение повторного брака между женщиной и ее предыдущим мужем, такой брак не будет иметь юридической силы. Ханафиты, наоборот, полагают, что любое исследование намерений сторон находится за пределами юрисдикции суда, и брак должен считаться законным за исключением случая, если намерение сторон на заключение фиктивного брака выразилось явно. Как мы сможем убедиться в дальнейшем⁵⁷, юридический формализм ханафитского права особенно заметен в его одобрении системы правовых уловок (*хиял*).

Традиции чаще выражают этические нормы, нежели относятся к строгим правовым нормам. Моралистский подход в праве наиболее свойственен тем, кто относится к *хадисам* как к правилам поведения, имеющим наивысшую силу⁵⁸. Не удивительно, что ханбалиты дальше других школ продвинулись в своем стремлении объединить в шариате право и мораль. В ханбалитском праве заем под проценты не имеет юридической силы только из-за того, что запрещена *риба*. Маликиты и шафииты также считают незаконным предоставление займа под процент, но только на основании того, что договор недействителен по своей сути из-за согласия сторон на совершение сделки, запрещенной законом. Ханафиты, с другой стороны, прибегают к принципу разделения⁵⁹ и признают недействительными только положения договора о проценте, сохраняя юридическую силу условий договора о займе. На-

⁵⁷ См. ниже.

⁵⁸ По одному аспекту этого вопроса см. мою статью «Doctrines and Practices in Islamic Law», BSOAS, xviii/2 (1956), 225 f.

⁵⁹ Имеется в виду допустимость признания недействительной части сделки при сохранении ее юридической силы в целом (прим. пер.).

столько разные подходы порождают вопрос о том, сможет ли заемщик или займодаделец получить обратно выплаченные деньги и когда заемщик и займодаделец смогут это сделать.

Подобные рассуждения раскрывают истинный круг различий между школами. По сути, мазхабы являются отличными друг от друга системами, чьи индивидуальные особенности стали результатом обстоятельств их появления. Объективная оценка природы *ихтилафа* во всех его проявлениях позволяет пролить свет на классическую теорию исламского права и является ключом к познанию процесса исторического развития шариата в первые три века с момента появления ислама.

Хотя взаимоотношения между мазхабами в сфере правовой практики будут рассмотрены далее⁶⁰, можно отметить, что их географическое разделение в Средние века было достаточно хорошо очерчено, так как суды в разных регионах распространения ислама постепенно стали применять учение одной из школ. На распространение влияния того или иного мазхаба влияли различные факторы. Учение школы распространялось вследствие влияния центров исламской науки или по причине его государственного признания властями (напомним, что истцы в деле о «Доме слона» не могли по этой причине выбрать мнение какой-либо из школ для разрешения своего дела⁶¹), либо учение одной из школ могло распространиться среди мусульманского населения через контакты с миссионерами или торговцами, следовавшими по торговым маршрутам. В итоге, ханафитская школа распространилась главным образом на Среднем Востоке и Индийском полуострове, маликитское право в Северной, Западной и Центральной Африке, а шафиитское право – в Восточной Африке, Южной Аравии и Юго-Восточной Азии. Ханбалитская школа не смогла доминировать на какой-либо территории до тех пор, пока ее учение не было воспринято в XVIII в. ваххабитами и сегодня

⁶⁰ См. ниже.

⁶¹ См. выше.

ханбалитское учение является официально признанным правом в Саудовской Аравии.

Следует добавить, что несмотря на кажущееся отличие правовых школ друг от друга с точки зрения теории и практики, они были связаны друг с другом исламской философией права как неразделимые выражения одного и того же содержания. Теория единства мазхабов в классическом виде содержится в книге *Мизан* («Равновесие») аш-Шарани, написанной около 1530 г. С точки зрения исторического подхода она рационализирует и минимизирует существующие между школами различия, исходя из общего учения об источниках права. Отличия между школами, утверждает аш-Шарани, являются всего лишь результатом претворения в жизнь независимого суждения (*иджстихад*) при отсутствии каких-либо явных наставлений со стороны божественных сил. Аллах оставил широкое пространство для дальнейшего развития и толкования ниспосланных им принципов, и различия в учениях мазхабов могут быть объяснены с точки зрения одного критерия – ограничительного или расширительного характера толкования. Соответственно аш-Шарани предпочитает говорить о «широте толкования» (*тавси'а*), нежели о «различии» (*ихтилаф*). Схожее отношение существовало и по отношению к двум школам раннего талмудического права. И ту, и другую признавали выражением слова Божьего. Утверждается, что талмудическое право таким образом «провозглашает философию смелого и непредвзятого плюрализма. Два или более различающихся между собой судебных решения по одному и тому же вопросу могут быть равным образом разумны и ценны, так как даже самые лучшие человеческие судебные решения обречены на неполноту и несовершенство»⁶². Исламская юриспруденция лаконично выражает ту же идею словами Пророка: «Различие во мнениях среди членов моей общины говорит о щедрости Аллаха».

⁶² Edmond Cahn, «A Lawyer looks at Religion», *Theology Today*, xv (April 1958), 103.

Глава 8

Сектантские правовые системы в исламе

По главному конституционному вопросу о природе и привилегиях политической власти в исламском теократическом государстве четыре суннитские правовые школы едины во мнении. Их учение о халифате, центральным признаком которого является то, что должность халифа принадлежит члену племени Курейш, избираемому компетентными представителями общины, основывается на признании мазхабами власти мединских, омейядских и аббасидских халифов. Однако две группы, составлявшие меньшинство в исламе, не признают и не поддерживают реальную историческую передачу власти. Возникнув как отдельные политические партии во время гражданской войны между Муавией и Али (656 – 661 гг.), они обе отказались признать притязания на лидерство победившего в войне Муавии и последующей династии Омейядов. Но на этом согласие между ними закончилось. В то время как сторонники Али (*ши'ат' Али*) основали движение шиитов и считали, что политическая власть после Али принадлежала потомкам от брака Али с единственной выжившей дочерью Пророка Фатимой, вторая группа, «отделившиеся» (или хариджиты), убийством Али и попыткой убийства Муавии показали свое враждебное отношение к обеим сторонам в гражданской войне. Равным образом, отрицая происхождение от Курейш или от Пророка как существенных признаков лидерства, хариджиты считали, что единственными требованиями были исламская вера и личная одаренность. Более того, две группы радикально отличались как друг от друга, так и от большинства мусульман в вопросе о природе самой политической власти. В конечном счете, шииты пришли к идее о том, что лидерство было вопросом божественного права, когда правитель получает свою власть через наследственную передачу божественного вдохновения

по линии потомков Пророка. С другой стороны, хариджиты считали, что правитель должен был избираться (и при необходимости смещен) всей общиной. Таким образом, раскол в исламе привел к образованию двух радикальных групп, находящихся на противоположных сторонах умеренной позиции, принятой большинством суннитов: шииты придерживались жестко авторитарной концепции политической власти, а хариджиты отстаивали более либеральную и демократическую систему. По мере того, как общины не только физически, но и духовно отделялись от суннитов, шииты и хариджиты естественно сформировали свои собственные системы религиозного права. Цель этой главы заключается в установлении того, насколько глубоко отдельные конституционные принципы двух сект затронули общую природу и содержание их права, и таким образом выявить их отличие от суннитского ислама.

На протяжении VIII и IX вв. в географическом и интеллектуальном плане секты не были изолированы от суннитов, и эволюция их правовых систем совпадала и сливалась с общим процессом исторического развития, описанного в части I настоящей книги. Правоведы хариджитской или шиитской секты были вдохновлены теми же целями, что и суннитские юристы. Исходный материал их юриспруденции, местная народная и судебная практика были одинаковы. Они использовали те же правовые методы юридического рассуждения, были подвержены тем же влияниям, обнаруживали те же тенденции приписывать свое учение представителям власти в предыдущих поколениях. Таким образом, не удивительно, что их право возникло в IX в., имея образец для подражания, признавая те же основные институты, и выражалось в той же книжной форме, что и суннитское право.

Фактически, сектантские правовые системы, будучи не полностью независимыми новообразованиями, часто прямо заимствовали нормы, разработанные в суннитских школах.

Данный факт был убедительно продемонстрирован Й. Шахтом⁶³. Тем не менее, сложно согласиться с этим выдающимся авторитетом в том, что системы хариджитов и шиитов «отличаются от учений ... суннитских правовых школ не более, чем последние отличаются друг от друга»⁶⁴. Хотя, в общем плане, это и правда в отношении хариджитского права, шиитское право в своей окончательной форме обладает определенными отличительными чертами, находящимися в остром противоречии принципам, в целом признанным суннитскими системами.

Что касается первой юридической теории – выдвинутые сектами системы *уsul* представляют собой, как и в суннитской системе, скорее идеализированную, нежели исторически достоверную оценку источников права. Безусловно, и шииты, и хариджиты относятся к Корану и к *сунне* Пророка как к главному материалу божественного откровения, хотя их соответствующие версии *сунны* отличаются, иногда по существенным моментам, от версий *сунны*, принятых большинством суннитских юристов. В отличие от стандартного сборника *хадисов*, признанного авторитетным суннитами, секты начали создавать свои собрания *хадисов*, удовлетворявшие их критериям достоверности. Одним из наиболее важных для шиитов критериев является передача *хадиса* кем-либо из их признанных лидеров или имамов. Однако, кроме этого момента, шиитская правовая теория проявляет другую уникальную черту. В то время, как хариджиты соглашались с суннитами в том, что принципы, содержащиеся в божественном откровении, должны распространяться на решение новых проблем при помощи юридического рассуждения (даже если формы, которые оно могло бы принять, менее жестко определены), большинство шиитов отрицает роль человеческого рассуждения и придерживается точки зрения, что дальней-

⁶³ Schacht, *Origins*, 260 – 268.

⁶⁴ Там же. 260.

шее развитие права является исключительной прерогативой их божественно вдохновленного Имама.

Здесь необходимо вкратце показать сложную структуру шиитского течения. Противоречие в различные моменты истории по поводу того, кто среди потомков Пророка был благочестивым Имамом, разделили шиитское сообщество на несколько групп, отличавшихся не только приверженностью к определенному Иمامу, но также их учениями относительно природы его должности. С правовой точки зрения тремя наиболее главными группами шиизма являются зайдиты, составляющие меньшинство, исмаилиты и наиболее многочисленная группа, составляющая подавляющее большинство – итна-ашариты или имамиты. Для зайдитов власть имама является властью простого человека. Он избирается мусульманской общиной на основе его личных качеств и не имеет более тесной связи с Аллахом, чем та, которая в целом существует при «руководстве правильным путем». Наоборот, исмаилиты и итна-ашариты считают, что Имам, хотя и может быть формально назначен на должность своим предшественником, в действительности назначается Аллахом и обладает чем-нибудь из божественной сути. Но правление исмаилитских имамов продолжается непрерывно со времен Али и до настоящего времени, а итна-ашариты («двунадесятники») называются так потому, что они признают только двенадцать первых имамов, последний из которых ушел из этого мира в 874 г., и ему суждено вернуться в Судный день⁶⁵. Поскольку все эти три группы обладают отдельными правовыми системами, понятие «шиитское право» может применяться при наиболее широком обобщении. Без дальнейшего уточнения оно часто также не имеет смысла, как и понятие «суннитское право».

Однако, если не рассматривать группу зайдитов, учение об имамате преобладает в шиитской юриспруденции до такой

⁶⁵ По теологическому исследованию этих сект ср. Montgomery Watt, *Islamic Philosophy and Theology* (Edinburgh, 1962), в особенности С. 20-26, 50-56, 99-104.

степени, что создает правовую концепцию, порождая таким образом отношения с политической властью, принципиально отличающиеся от отношений среди суннитов. Властные полномочия суннитского халифа всегда должны осуществляться в рамках, установленных законом, так как халиф так же связан предписаниями права, как и остальные его подданные. С другой стороны, правовой суверенитет, в подлинном смысле слова, которым наделяется шиитский имам, говорящий от имени самого божественного Законодателя. Политическое различие существует между конституционной и абсолютистской формами правления⁶⁶. В правовом плане – различие между системой, неизменяемой в своей основе и представляющей собой попытку человеческого разума понять смысл божественных заповедей, и системой, которая стремится быть прямым и живым выражением божественного повеления.

Из этого следует, что общему согласию (*иджме*), в роли спонтанного источника права или критерия, регулирующего пределы человеческого суждения, нет места в такой системе юриспруденции, где власть Имама имеет верховенство над общепризнанной практикой, а его непогрешимость полностью противоречит учениям о вероятных нормах права (*зани*) и о мнениях, имеющих равную силу (*ихтилаф*). С другой стороны, для хариджитов и зайдитов, признавших необходимость человеческого рассуждения в праве, общее согласие играет во многом ту же роль, что и для суннитов, хотя их *иджма* естественно представляет собой только мнения их собственных правоведов, которые уместны для формирования такого консенсуса. Однако, здесь признание хариджитами *иджмы* ранней мединской общины, существовавшей до их «отделения» от суннитов, служит для подчеркивания дополнительной отличительной и важной черты шиитской юриспруденции. На их взгляд, никакая власть не может апеллировать к практике ранней мусульманской общины, так как

⁶⁶ Ср. Islamic Philosophy and Theology, 53.

тогда власть еще не была установлена надлежащим образом. В особенности, избрание первых трех халифов – одно выражение *иджмы* мединской общины – прямо противоречило первому принципу шиитского вероучения о том, что Али был законным наследником после Пророка.

В таком случае в чисто теоретическом плане подобное совпадение, существующее между суннитским и шиитским правом, затмевается и перевешивается учением об имамате, хотя на практике потенциально законодательная роль Имама была реальностью только для исмаилитов. Как убеждены итна-ашариты, имамат с 874 г. представлял собой окончательный идеал, который для своей реализации ждет возвращения «скрытого» Имама. В течение затянувшегося междуцарствия разъяснение права стало задачей квалифицированных ученых (*муджтахидов*). Сколько бы к ним не относились как к представителям Имама, работающим под его влиянием, использование ими человеческого разума (*'акл*) для определения права было признано необходимым и законным. Потому это неизбежно привело к признанию итна-ашаритами учения о возможных нормах права (*зани*) и авторитетного критерия консенсуса. Конечно, их система не обходится без своего варианта мнений ученых. Более того, фактическая историческая эволюция права в различных шиитских группах тесно следовала за эволюцией права в суннитском исламе. Хотя шиитская юриспруденция не знает учения о «подражании» или *таклиде*, Имамы или представляющие их ученые редко считали нужным отходить от традиционного права в том виде, в котором оно выражено в книгах периода раннего средневековья. Точно также хариджитское право, которое в теории сохраняло способность развития посредством независимого суждения (*иджстихад*), в действительности оставалось таким же неизменным на протяжении веков, как и его суннитский аналог.

Переходя теперь к сфере содержания правовой теории хариджитов, отметим, что хариджитское право знает ограниченное

количество норм, которые носят вспомогательный характер и не имеют аналогов в учениях суннитских школ. К примеру, право матери на опеку своих детей мужского пола в хариджитском праве прекращается тогда, когда ребенок достигает двух лет – правило, которое в данном случае совпадает с правилом итна-ашаритов. Однако большой объем норм в хариджитском праве – и конечно все его основные принципы – могут найти достаточный авторитет среди суннитских юристов. Таким образом, право опеки над девочками принадлежит матери до достижения ими семи лет, когда ребенок может выбирать, с каким из своих родителей он будет жить. Данное правило является нормой шафиитского учения. Жена обладает правом на материальное обеспечение в размере, определяемом исключительной ссылкой на средства мужа. Это мнение шафиитов опять противоречит мнению других суннитских школ, которые принимают во внимание происхождение самой жены и связанные с ней обстоятельства. Задолженность по материальному содержанию не может быть истребована женой до тех пор, пока размер содержания не был установлен предыдущим решением суда или соглашением между супругами. В сущности это ханафитское право, тогда как другие суннитские школы полагают, что задолженность по материальному содержанию должны быть взыскиваемым долгом, несмотря на отсутствие соглашения или решения суда о порядке содержания. Жестокое обращение со стороны мужа является основанием для подачи женой в суд жалобы о расторжении брака – как и для маликитов, но данная норма не признается тремя оставшимися школами. Конечно, хариджитское право не является просто случайным смешением суннитских принципов. Это связанная система со своим собственным духом и характером. Однако различия между хариджитским правом и правом какой-либо из суннитских школ, даже если они влекут немалые реальные последствия, не имеют особого хариджитского отпечатка или сектантского значения.

Сильно отличается дело в отношении шиитов. Ограничимся рассмотрением многочисленной группы итна-ашаритов. Очевидно, что их доктрине присущи уникальные черты, резко противостоящие суннитской и хариджитской системам в целом. Краткий обзор трех выдающихся черт итна-ашаритского права продемонстрирует природу и пределы этого расхождения.

Сексуальное сношение в суннитском исламе (и в сектах хариджитов, зайдитов и исмаилитов) законно и допустимо только по двум основаниям: на праве владения, которым обладает хозяин над девушкой-рабыней и на основе законного брачного договора (*никах*). Однако итно-ашаритское право признает третью, полностью отличающуюся, допустимую форму сексуальных отношений, известную как *мут 'а*.

В то время как *никах* по своей сути и намерению представляет собой пожизненный союз, то *мут 'а* является временным отношением, заключенным на определенный период и при условии уплаты особого вознаграждения (*иджра*) женщине. Обычные препятствия к *никаху*, возникающие в связи с кровным родством, родственными отношениями, отношениями между приемными детьми и родителями равным образом относятся и к *мут 'а*. Сохраняется при браке *мут 'а* и запрет, порожденный различием в религии: мужчина может, таким образом, заключить брак *мут 'а* с женщиной-мусульманской либо с женщиной из числа «людей книги» (иудейкой, христианкой и т.д.). Но мусульманка может выйти замуж только за мусульманина. С другой стороны, в противоречие с нормой, разрешающей брак только с четырьмя женами, нет ограничений на количество женщин, с которыми мужчина может заключить договор *мут 'а*. Более того, ни одно из основных прав и обязанностей, проистекающих из постоянных уз, созданных *никахом*, не применяется к договору *мут 'а*. Женщина не обладает правом на материальное содержание, одновременно за ней не закрепляется обязанность подчиняться мужу,

и супруги не могут наследовать друг за другом. Не может быть также развода в техническом смысле, произнесением мужем слов о формальном разводе или обращением жены в суд с прошением о расторжении брака. Однако договор может быть прекращен досрочно по обоюдному согласию сторон или в одностороннем порядке. В случае, когда мужчина досрочно прекращает брачный союз, он должен предоставить жене «подарок за оставшееся время» и не имеет права требовать возврата какой-либо пропорциональной суммы из вознаграждения (*иджра*). Наоборот, женщина обязана вернуть пропорциональную часть *иджра*, если она не исполнила своих обязательств в оговоренный период.

В таком случае, *мут'а* является не просто *никахом* с сопутствующим условием об ограничении времени, а представляет собой особый и оригинальный правовой институт. Если *никах* в исламской юриспруденции классифицируется, пусть даже несколько искусственно, как вид продажи (*бай'*), что ведет к передаче абсолютного права собственности, *мут'а* подпадает в главу о найме или аренде (*иджара*) как передача выгоды только в течение ограниченного периода. Подобная концепция брака полностью чужда общей мусульманской юриспруденции. Какими бы не были мотивы заключения *мут'а* (когда, например, оговаривается срок в 99 лет), возникающие отношения не только не имеют юридической силы в гражданском праве за пределами юрисдикции итна-ашаритов, но и приравниваются к уголовной ответственности за прелюбодеяние (*зина'*) и в строгом соответствии с теорией за это будут наложены суровые наказания, предписанные за прелюбодеяние.

Талак (развод посредством одностороннего отречения мужа от жены) предоставляет наш второй пример большого столкновения между итна-ашаритским и суннитским правом. В плане признания права мужа на односторонний развод с женой конфликта между двумя правовыми доктринами нет.

Однако в отношении порядка осуществления этого права итна-ашаритское право является ограничивающим в такой степени, что оно превращается в позицию, по существу отличную от принятого суннитами в отношении этой формы развода.

Во-первых, в суннитском праве не существует особых формальностей по отношению к способу, которым может быть произнесено одностороннее расторжение брака: оно может быть осуществлено устно или письменно; могут быть использованы любые слова, обозначающие развод, и присутствие свидетелей необязательно для того, чтобы он вступил силу (но необходимо для его подтверждения). С другой стороны, итна-ашаритское право требует строго следования форме: слова развода должны быть произнесены устно, с использованием точного термина *талак* или какой-либо иной формы в присутствии двух свидетелей. Более того, должно существовать доказательство точного намерения развестись, тогда как у суннитов развод обычно произносится в форме жеста или угрозы, а у ханафитов, в частности, развод, произведенный под воздействием угрозы или мужем в состоянии опьянения, признается законным и имеющим юридическую силу.

Во-вторых, согласно обстоятельствам его произнесения, талак классифицируется суннитами либо как «одобряемый» (*талак ас-сунна*) либо как «неодобряемый» (*талак аль-бид'а*). *Талак ас-сунна* может получать форму либо однократного произнесения слов о разводе, который может быть аннулирован мужем до истечения периода *идда'* у жены, либо в виде однократного произнесения слов о разводе с последующим двухкратным подтверждением в последующие месяцы, когда развод становится необратимым после третьего подтверждения. С другой стороны, *талак аль-бид'а* в первую очередь определяет формы развода, сразу имеющие необратимую юридическую силу, например, когда однократный развод произносится в форме, недвусмысленно означающей

его окончательность, либо когда три слова о разводе произносятся одно за другим. Но для того, что считаться «одобряемым», развод должен быть также совершен в период, когда жена считается «чистой» (*тухр*, т.е. период, когда у жены нет менструаций), в течение которого женщина не должна иметь сексуальных отношений со своим мужем. Если эти сопутствующие условия не соблюдаются, то развод окажется «неодобряемым». В суннитском исламе различия между этими двумя формами *талака* являются сугубо нравственными, так как обе формы развода имеют равную юридическую силу. Однако итна-ашаритское право не признает «неодобряемые» формы *талака* полностью и настаивает на строгом следовании только форме «одобряемого» развода. Иначе брак считается недействительным. Таким образом, в целом доктрины итна-ашаритов ясно показывают желание ограничить право мужа на развод, заключив его в жестко определенные рамки – подход, который мало встречается в общем неопределенной и разрешительной природе суннитского права.

Однако итна-ашаритское право наследования резко контрастирует со всей их системой. У суннитов призвание наследников к разделу наследства основывается на трех основаниях, ведущих к формированию трех групп законных наследников: наследники по Корану, наследники по отцовской линии (*'асаба*) и, при отсутствии первых двух, наследники по материнской линии и женщины. Напротив, итна-ашаритское право признает только одно основание для наследования – «родственные отношения» (*караба*). Соответственно все родственники (за исключением пережившего супруга, которому всегда достается его доля по Корану) делятся на три класса. В соответствии с иерархией это: а) прямые потомки и родители умершего, б) братья, сестры и их потомки, дедушки и бабушки умершего и в) дяди, тети и их потомки. Таким образом, право наследования зависит только от места наследника в приведенной схеме. Хотя коранические наследники, в слу-

чае наследования, получают предписанную им долю и основное правило гласит, что наследник мужского пола, как правило, получает в два раза больше, чем наследник женского пола соответствующего порядка или уровня, итна-ашаритская система наследования существенно отличается от суннитского права в том, что она не отводит особого места родственникам по отцовской линии. Говорят, что Джа'фар ас-Садык, шестой шиитский имам (ум. 765 г.), полностью отклонил претензии последних со словами: «Пыль во рту *'асаба*». Женщины и родственники по материнской линии, наследовавшие только в последнюю очередь в суннитском праве, включены в общую систему классов наследников у шиитов.

К примеру, дедушка наследодателя по отцовской линии занимает привилегированное положение в суннитской системе наследования при отсутствии отца умершего. Выступая вместо последнего в качестве заменяющего наследника, он получит кораническую долю в размере $1/6$ при наличии детей наследодателя. А благодаря своему родству по отцовской линии с умершим он дополнительно будет иметь право на часть наследственного имущества в случае, если единственным ребенком умершего окажется дочь. В случае соперничества с матерью умершего и супругой, пережившей наследодателя, он получит в два раза больше матери умершего. Кроме того, дедушка умершего по отцовской линии полностью исключает из числа наследников детей дочери умершего. В итна-ашаритской же системе наличие любого из упомянутых родственников (ребенка наследодателя, внука или матери) устраняет дедушку наследодателя по отцовской линии из числа наследников вообще.

В итна-ашаритском праве родители умершего или любой его прямой потомок равным образом исключают из наследования братьев и сестер умершего. С другой стороны, в суннитском праве братья и сестры исключаются только при наличии отца умершего или потомка мужского пола по отцовской линии.

Единоутробные или единокровные братья и сестры рассматриваются как нисходящие наследники при соперничестве с дочерью умершего. В соперничестве с матерью сестры, при отсутствии братьев, наследуют общую кораническую долю в 2/3 от имущества. Братья, при наличии или отсутствии сестер, наследуют как прямые потомки – двое или более братьев ограничивают долю матери до ее минимальной доли в 1/6, тогда как любые брат или сестра полностью исключают из числа наследников потомков от дочери умершего. Возможно, в этом наиболее явно и проявляется настоящая природа и важность различий между двумя системами. Различие не только в том, что женщины и родственники по материнской линии в основном занимают более привилегированное положение в шиитском праве. Различие скорее в том, что суннитское право, признавая права наследников по отцовской линии, придерживается более широкой трактовки семьи, чем шиитское право, которое строго основывается на господстве более узкого понимания родственных отношений, существующих между матерью, отцом и их потомством.

Теперь можно понять, что по трем обсужденным нами темам итна-ашаритские доктрины настолько явно индивидуальны, что они не могут рассматриваться в том же свете как вариации среди суннитских школ или объясняться теми же причинами.

Неоднократно упоминаемые политические соображения соответственно приводят к особым признакам итна-ашаритского права. Итна-ашариты, отрицая власть первых трех халифов Медины, отстаивали законность *мут'а* «по единственной причине того, что ее запрет относился к Умару»⁶⁷. Точно также их неприятие «неодобряемых» форм развода с женой объясняется тем, что такие виды развода были нововведениями, практиковавшимися мусульманской общиной в тот же период правления узурпаторов, и как таковые не обладали

⁶⁷ Schacht, *Origins*, 267.

юридической силой. В итоге итна-ашаритская система наследования даже более явно соединена с их политическими принципами, поскольку для группы, иерархия лидеров которой нисходит от дочери Пророка Фатимы и которая утверждает, что через нее унаследована часть божественно данных качеств самого Мухаммада, являются неизбежными принципы о том, что родство по материнской линии при наследовании занимает равное положение по отношению к родству по отцовской линии, и что требования наследников по боковой линии по статусу ниже требований прямых нисходящих родственников.

Али занимает позицию первого Имама по причине того, что, согласно шиитскому вероучению, его назначил сам Пророк. Даже если так, стремление представить Али посредством принципа отношений (*караба*) более близким преемником Пророка, чем дядю Пророка Аббаса (и династии, которой он дал свое имя) создает поразительную аномалию в итна-ашаритском праве. В случае, когда претенденты на наследство являются родственниками в третьей группе наследников (дяди и тети умершего и их потомство), обычным правилом приоритета по степени родства является то, что любой дядя полностью исключит потомков от других дядьев (например, двоюродных братьев умершего). Однако итна-ашаритское право придерживается мнения о том, что в случае, если в число наследников входят только единокровный дядя по отцовской линии и сын единоутробного дяди по отцовской линии, последний исключает первого. Аббас был единокровным дядей Пророка, а Али – сыном его единоутробного дяди по отцу.

Однако приписывать отличия итна-ашаритского права глубоко политическим факторам не вполне убедительно. Если итна-ашариты признают *мут'а* только потому, что такой брак был запрещен Умаром, то они должны бы были равным образом отрицать любые нормы, приписываемые первым трем халифам или любую практику, которой придерживалась

ранняя мединская община. Однако итна-ашариты так не поступили. Скорее, они не признают лишь запрет Умара о браке *мут'а*, законность которого они допустили на других основаниях. Более того, как мы уже отметили, их отрицание «неодобряемых» форм развода было всего лишь одной (хотя и важной) стороной их радикально отличающейся позиции по отношению к подобной форме развода в целом. Точно также различия в их наследственном праве имеют более глубокое основание, чем просто политические мотивы. Предполагаемое соперничество между Али и Аббасом за правопреемство после Пророка является случаем, относящимся к рассматриваемому вопросу. Это действительно поверхностная модификация, продиктованная политическими доктринами, однако основные принципы, по которым формируется исключение, сами по себе совершенно отличаются от суннитского права. По этой причине итна-ашаритские доктрины представляются обладающими несколько более глубоким значением, чем просто соперничество Али и его потомков с признанными правителями суннитов.

Сами итна-ашаритские юристы постоянно утверждают, что их система является более близким выражением и более верным представлением духа коранических законов, чем учение их суннитских оппонентов. *Мут'а* признается законной, поскольку возможность такого брака явно подтверждена в их толковании Корана.

Развод имеет законную силу только тогда, когда произнесен в «одобренной» форме, поскольку это были единственные формы, прямо признанные Кораном и достоверными хадисами о Пророке. Их схема наследования является развитием атрибутивных положений, лежащих в основе коранических правил по данному вопросу, которые подчеркивают права родственников женского пола и нигде не указывают на преобладание родственников по мужской линии как таковых. Эти взгляды итна-ашаритских ученых раскрывают жизненно

другой подход к вопросу юридического толкования Корана. Существующее обычное право для суннитов косвенно одобряется Кораном, если только прямо не запрещается. Отсюда слияние в их схеме наследования между старыми наследниками по отцовской линии по обычному праву (*асаба*) и новыми наследниками, указанными Кораном. Для итна-ашаритов, наоборот, существующее обычное право косвенно отрицается Кораном, если только прямо не одобряется. И явные коранические нормы не являются более предметом изменения при помощи практики, возникающей после их ниспослания («неодобряемые» формы развода) и обычаями, существовавшими до ниспослания Корана (права *асаба*). Вкратце, сунниты рассматривают коранические нормы как частичные реформы, которые должны быть наложены на существующее право, тогда как итна-ашариты относятся к ним как к нормам, обеспечивающим прямой разрыв с прошлой практикой и закладывающим первые принципы для создания полностью новой системы.

Являются ли тогда самобытные доктрины итна-ашаритов результатом политических факторов или они исходят из особого метода юридического толкования Корана, как они сами утверждают? Таким образом, будучи сформулированной в крайних формах, возникает проблема: предшествует ли право итна-ашаритов их политической доктрине и поддерживает ли оно ее, или их политическая доктрина предшествует и определяет форму их права. В действительности, однако, проблема и очевидный конфликт существуют только в случае, если понятию «политический» придается узкое понимание только в смысле форм и эпизодов временной власти в государстве, как обычно произошло бы в западной терминологии. Теперь в исламском контексте политические, религиозные и правовые факторы неразрывно слиты в идее теократического государства. И если мы придаем термину «политический» это всеобъемлющее значение, итна-ашаритская доктрина по от-

ношению к лидерству в исламе и их юридический подход к толкованию Корана проявляется как взаимодополняющие и взаимозависимые аспекты одного и того же политического учения. Суннитская политическая теория представляет смесь исламских принципов и доисламской практики – правление традиционной племенной аристократии, подчиняющееся диктату религиозного права. Итна-ашаритская политическая теория, с другой стороны, отвергает любую связь с доисламской практикой и считает, что единственный источник власти должен заключаться в Пророке-основателе и его отличительных чертах как религиозного лидера. Позиции, занятые двумя группами относительно взаимосвязей между кораническими законами и докораническими обычаями, не вытекают напрямую из их различных политических концепций, но являются необходимой и неотъемлемой их частью. Юридически, как и политически, ислам означал переориентацию и изменение существующей практики для суннитов, тогда как для итна-ашаритов он обозначил совершенно новую отправную точку.

Таким образом, итна-ашаритское право не может надлежащим образом рассматриваться как система, заимствованная от суннитов и искусственно измененная согласно политическим догматам. Оно предстает как естественное выражение и продукт их собственной версии природы ислама, неразрывно связанной со всей системой догм и верований, которые составляют их религиозную веру. Так же, как это объясняет фундаментальные расхождения итна-ашаритского права, это равным образом служит объяснением общей схожести хариджитского права с суннитской системой, приближенности исмалитского права к итна-ашаритской позиции, и факта того, что зайдитское право представляет слияние суннитских и шиитских принципов. Кроме того, независимо от степени их совпадения или отклонения от суннитских доктрин, сектантские правовые системы, в конечном итоге, совершенно отличны друг от друга и от правовых систем суннитского ис-

лама. Они получают свой авторитет исключительно из особых политико-религиозных верований, в силу чего ряд сект и сунниты относятся друг к другу как к еретическим группам.

Глава 9

Исламское правительство и шариат

Шариат возник как система, независимая и по существу противоположная существовавшей на тот момент правовой практике. Однако ученые, по крайней мере, в ранний период, не выступали против существовавшего государственного устройства или правового и административного механизма государственной системы. Юристы, в первую очередь занятые регулированием отношений между отдельным мусульманином и Аллахом, сформулировали стандарты поведения, которые представляли собой систему частного, а не публичного права. По их мнению, обязанностью политической власти было одобрение и исполнение данных правил. Проследив развитие самого учения по мере зрелости его выражения в средневековых текстах, мы теперь продолжим рассмотрение того, насколько далеко реальная власть мусульманского государства поддерживала религиозный авторитет шариатского учения посредством обеспечения эффективного применения последнего в судах.

Устройство мусульманского государства в период правления Омейядов не основывалось на каком-либо строгом разделении исполнительной и судебной функций. Верховная власть в обоих отношениях принадлежала халифу либо делегировалась им большому количеству чиновников, обладавших судебной властью в пределах определенной территории или обязанностей в пределах их государственных функций. Правители провинций, военачальники, казначеи, надзиратели за рынками и даже чиновники, ответственные за обеспечение водой – все обладали полномочиями в пределах своих

сфер деятельности. Полиция (*шурта*) является, должно быть, самым лучшим примером объединения разнообразных полномочий в одном органе, поскольку расследование преступлений, арест, судебный процесс и наказание преступников – все подпадало под ее юрисдикцию.

Однако урегулирование споров частного характера входило в исключительную компетенцию *кадиев* (или судей). Данный орган получал все большую важность и становился все более престижным. Кадии стали обладать общей судебной компетенцией, отделенной от вспомогательных административных органов государства, и к концу Омейядского периода они стали центральным правоприменительным органом. В то же время *кадии* ни в коей мере не являлись независимыми судьями, поскольку их решения подлежали пересмотру назначившим их лицом; и судьи полностью зависели от его поддержки при исполнении судебных решений.

С переходом власти династии Аббасидов, провозгласившей в начале политики имплементации системы религиозного права, разрабатываемой на тот момент учеными-юристами, статус судьи сильно повысился. С этого момента кадии стали неразделимо связаны с шариатом, исполнение которого стало их неотделимой обязанностью. Организованные как отдельная профессия под началом главного кадия (*кади аль-кудат*), они более не являлись выразителями права, одобренного местным правителем, а стали подчиняться непосредственно божественному закону. Однако это не означало, что курс корабля исламского государства в будущем будет направляться шариатскими судами. Аббасидские правители удерживали жесткий контроль над кадиями. Шариатские суды никогда не получали верховную судебную власть, независимую от политического контроля, которая бы обеспечила единственно надежное основание и была бы реальным гарантом для существования *Civitas Dei*⁶⁸.

⁶⁸ Лат. «град божий» (прим. пер.).

Хотя судьи формально могли быть назначены главным кадием, судья сохранял свой пост только в зависимости от милости правителя, так же, как и сам главный кадий. Характер отношений между властью и судьями стал причиной существенных ограничений судебских полномочий с самого начала зарождения данного института. К таким ограничениям относилась невозможность для кадиев эффективно рассматривать дела, направленные против государственных лиц, занимавших высокие и влиятельные посты. Такая неспособность была всего лишь результатом отказа власти признавать решения кадиев по данным делам и исполнять их через находящийся в ее распоряжении механизм. Хотя исполнительные власти по понятным причинам могли не признавать юрисдикцию лица, которого они считали находящимся не выше собственных постов в политической иерархии, их могли принудить к этому. Но когда правитель решал этого не делать и оставлял право на суд за собой (известный как суд *мазалим* (букв. «жалобы»)), чтобы рассматривать дела подобного рода, тем самым он демонстрировал подчиненное положение кадиев по отношению к делам государственного значения. Полномочия суда *мазалим*, особенно рассмотрение ими жалоб на поведение или решения самих кадиев, подчеркивали факт того, что верховная судебная власть принадлежала правителю, и что юрисдикция и авторитет шариатских судов были ограничены в той мере, в которой правитель считал нужным.

Аббасиды могли считать себя служителями шариата. Они могли позиционировать свою политику как политику, основанную на шариате. Однако они не были готовы предоставить независимость судам, чьей единственной обязанностью было применение шариата. Хронисты пытались найти примеры халифов и правителей, подчинявшихся решениям назначенных ими же кадиев, но находили, как правило, примеры категоричных приказов правителей кадиям о пересмо-

тре решений и самовольного смещения тех судей, которые навлекли на себя немилость их повелителя.

Данная ситуация естественным образом вызывала глубокое недовольство со стороны правоведов (*фукаха*), и была, по крайней мере отчасти, причиной того, почему многие из них выказывали крайнюю неохоту при принятии назначения в качестве кадиев. Один из наиболее красноречивых исторических анекдотов, показывающих отношение судей к данному событию, касается назначения Абд-Аллаха ибн Фарука кадием Кайравана в 787 в. Этот ученый из-за отказа принять предложенный пост, был закован в цепи и едва не был сброшен с крыши мечети стражниками местного правителя. Он был вынужден подчиниться, но впал в состояние истерии, когда ему привели первых истцов и ответчиков⁶⁹. Однако возражения юристов были направлены не против ограничения юрисдикции судов, а против возможности пересмотра судебных решений. Однако как бы сильно они не порицали вмешательство властей в деятельность шариатских судов, они не протестовали против права власти на изначальное ограничение полномочий судов. Действительно, шариатские суды не могли быть предназначены, даже усилиями самих правоведов, для создания органа с исключительной компетенцией в исламском государстве, как прояснитья из изучения двух аспектов природы правового учения, которого придерживались суды при вынесении решений.

Во-первых, существенной чертой доктрины было отображение идеальных отношений между человеком и его Создателем. Хотя это, естественно, включало точное формулирование прав и обязанностей человека по отношению к его ближним, но регулирование положения отдельной личности по отношению к временной власти в государстве по большей части лежит за пределами правил, установленных самими

⁶⁹ См. мою статью «Doctrines and Practices in Islamic Law», в BSOAS, xviii/2 (1956), 211.

учеными. Соответственно доктрина раннего периода не содержала системы конституционного права и не делала каких-либо попыток урегулировать те вопросы, которые создавали сферу публичного права. К примеру, уголовное право не существовало в техническом смысле в виде всеобъемлющей системы составов преступлений против общественного порядка. Убийство регулировалось в мельчайших деталях, но рассматривалось как частное, а не общественное нарушение. В остальном правовое учение по большей части ограничивалось шестью конкретными преступлениями: запрещенные сексуальные отношения; клеветническое заявление о неверности; кража; употребление вина; вооруженное ограбление; вероотступничество – случаи, в которых учение об обязательствах человека перед Аллахом превалировало. Они известны как преступления *хадд* (мн. *худуд*), наказание за которые были определены самим Аллахом.

Аналогично в налоговом праве ученых в первую очередь заботили те ограниченные аспекты общественной финансовой системы, которые считались установлением обязанностей человека перед Аллахом (к примеру, налог «закят» или «юридически обязательные пожертвования»). В обеих указанных сферах права ученые, по крайней мере, в ранний период, не заявляли о всеобъемлющем характере доктрины. При условии, что религиозные обязанности не были нарушены, государь обладал правом и обязанностью применять по отношению к преступникам те меры и преследовать ту налоговую политику, которых требовали интересы государства. Однако данные отношения находились за пределами шариата и, вероятнее всего, не входили в компетенцию судов *кадиев*).

Вторым фактором, серьезно ухудшавшим эффективность шариатских судов, была система судебного процесса и доказывания, которой они должны были придерживаться. На основании первоначальной презумпции, закрепленной правом по отношению к рассматриваемым фактам (например, пре-

зумпция невиновности в уголовном деле или презумпция отсутствия долга в гражданском деле), участникам процесса соответственно присваивались роли *мудда'и* (заявитель, истец) и *мудда'а 'аляйхи* (букв. «заявивший против», ответчик). Первый участник являлся стороной, чьи доводы шли вразрез с упомянутой презумпцией, а последний участник – стороной, чьи доводы основывались на ней. На *мудда'и* ложилась бремя доказывания, и это бремя могло много раз переключаться в ходе рассмотрения дела – например, в случае, когда первоначальный *мудда'а 'аляйхи* по иску о взыскании долга становился *мудда'и* при предъявлении доказательств уплаты долга, встречного иска или требования. Но, несмотря на сложность дела, бремя доказывания всегда было одинаковым: *мудда'и* должен был представить двух совершеннолетних мусульман мужского пола для дачи устных показаний в пользу правомерности своего иска. Письменные доказательства не принимались, и любая форма вещественных доказательств признавалась недопустимой. Некоторые небольшие исключения в данном правиле признавались – в определенных делах, где могло быть достаточно показаний одного свидетеля, если *мудда'и* также произносил клятву о признании правомерности своего требования, и могло быть допущено свидетельство женщин (хотя обычно требовалось две женщины для замены свидетеля-мужчины). Но во всех случаях свидетель должен был обладать высокими качествами благочестия и религиозности (*'адала*). Некоторой иллюстрацией строгости права и практики служит отказ одного *кадия* принять свидетельство своего верного и надежного друга, поскольку однажды тот влюбился в рабыню и выкупил ее за сумму, намного превышавшую ее истинную цену. В случае если *мудда'и* не мог выполнить жестких требований бремени доказывания, *мудда'а 'аляйхи* предлагалось поклясться в своей невиновности. Надлежащая клятва на Коране завершала судебный процесс в его пользу. В противном случае суд вы-

носил решение в пользу *мудда'и* (в некоторых случаях при условии, что последний сам даст клятву). Таким образом, устное свидетельство (*шахада*) обеспечивало одну из форм юридического доказательства, допускаемых в доктрине ша-риата. Устное свидетельство, осуществленное надлежащим образом, было окончательным в том смысле, что суд был обязан разрешить дело согласно приведенным доказательствам. Следовательно, не возникало вопросов о сравнении доказательств или вынесении решения на основании учета всех вероятностей. Не допускалось перекрестного допроса свидетелей по фактам, а единственной возможностью для оппонента отвести свидетеля было обвинение в нравственной или религиозной нечестности. Та же процедура и те же правила доказывания применялись и по гражданским, и по уголовным делам. Единственным отличием в содержании было то, что формальное признание (*икрап*) имело окончательный характер в гражданском процессе, но было обратимым в уголовном судопроизводстве.

Учение, основанное на презумпции того, что свидетель, доселе не лгавший, будет всегда говорить правду, и что даже самый закоренелый преступник не станет клясться в своей невинности, демонстрировало альтруистическую уверенность в силе религиозных убеждений, которая часто не имела ничего общего с практическими обстоятельствами судебного разбирательства. Эта сфера права отражает академичный и идеалистичный подход правоведов раннего периода, рассматривавших себя в роли духовных наставников исламской уммы, а не ее авторитарных управляющих. Именно это отношение фактически легло в основу отвращения, демонстрировавшегося многими учеными по отношению к институту *кадиев*. Это объясняет, почему знаменитый юрист Кайраван Сахнун, после его назначения *кадием* в 848 г., несмотря на гарантированную ему полную независимость в судебных делах, имел «столь глубокую печаль на своем лице, что никто

не осмеливался поздравить его. Он поехал прямо домой к своей дочери Хадидже и сказал ей: «Сегодня твоего отца за-резали без ножа»⁷⁰.

Строго формалистская и механистичная природа шариатской процедуры практически не позволяла кадию вмешиваться в ход судебного разбирательства. Правила приведения доказательств создавались с целью установления достоверности претензий (исков) с высокой степенью уверенности. Такая политика нашла свое наиболее явное выражение в правиле о том, что доказательством совершения прелюбодеяния (*зина*) могли стать только свидетельские показания четырех правочерных свидетелей мужского пола, видевших сам акт полового сношения. Однако применение жестких стандартов доказывания во всех делах, очевидно, могло привести к несправедливым решениям. Так было в основном из-за того, что часто бремя доказывания возлагалось на истца, а беспринципный ответчик мог с соответствующей легкостью и в противовес разумным доводам избежать гражданской или уголовной ответственности. Из-за этого шариатские суды, по крайней мере, в отдельных отраслях права, зарекомендовали себя как учреждения, отправляющие правосудие неудовлетворительно.

Таким образом, для эффективной организации государственных дел требовалась компетенция более высокого уровня, чем обладал институт казиев. Хотя сама сфера шариатского учения означала, что определенные виды дел выпадают за пределы юрисдикции шариатских судов (к примеру, разбирательство налоговых дел, как правило, осуществлялось главным казначеем), именно система судебного процесса и доказывания, принятая в шариатских судах, несла главную ответственность за снижение полномочий шариатских судов. Действительно, существовал государственный чиновник, известный как *сахиб ар-радд*, особой функцией которого было

⁷⁰ BSOAS, xviii/2, 219.

рассмотрение дел, не принятых *кадием* по причине того, что представленные истцом доказательства, как бы они внутренне ни были связаны с делом, не соответствовали жестким стандартам, указанным шариатом.

Уголовное право было очевидной сферой, где упомянутые особенности шариатского процесса мешали политическим интересам. Уголовные дела по большей части находились в юрисдикции полиции, а отправлявшее правосудие лицо называли *вали ал-джара'им* (чиновник, уполномоченный разбирать дела о преступлениях). Эти суды рассматривали вещественные доказательства, заслушивали показания ненадежных свидетелей, приводили последних к клятве и производили перекрестный допрос. Они подвергали тюремному заключению подозреваемых, осужденных на основании их личностных качеств и ранее совершенных преступлений; могли привести обвиняемого к клятве именем местного святого, а не на Коране, и, как правило, могли применять любые методы установления вины, включая получение признания под пыткой. Формально соблюдая содержание религиозного права, эти суды могли применять наказания категории *хадд* (заранее предусмотренные наказания), однако не были обязаны делать этого в случаях, когда не выполнялись требования шариата о доказательствах. Поэтому к их гибкой судебной процедуре были добавлены широкие полномочия в определении наказаний, которые сделали отправление ими уголовного правосудия крайне деспотичным.

Земельное право было следующей отраслью особой заботы государства, поскольку крупные землевладельцы получили свою землю посредством территориальных уступок от правителя государства для получения их политической поддержки. По этой причине политическая власть, основываясь на детально разработанной системе процедур и дополнительных законах, сама решила осуществлять полномочия в данной сфере. Назначенный для этой цели государем чиновник был

обычно известен как «ответственный за рассмотрение жалоб» (*сахиб аль-мазалим*). Впоследствии полномочия *мазалима* расширились и не ограничивались только рассмотрением жалоб на чиновников государства. Пределы юрисдикции *мазалима* определялись правителем и часто были настолько широки, что составляли серьезную конкуренцию шариатским судам, примером чего могут служить всеобъемлющие полномочия Главного визиря (*хаджиб*) в период мамелюкских правителей в Египте, чей суд решал дела по частному праву, обычно подсудные *кадиям*.

Таким образом, исламская правовая практика основывалась на дуалистической системе судов, и хотя все функции в исламском государстве имели теоретически религиозную природу, различие между *мазалимом* и шариатскими судами постепенно стало напоминать идею разделения светских и религиозных судов. Однако если *кадий* рассматривался как представитель божественного закона, то *сахиб аль-мазалим* был представителем закона правителя. Случай из правовой практики Египта начала IX в. проиллюстрирует данный аспект разделения: когда *сахиб аль-мазалим* назначался судьей в период временного отсутствия *кадия*, он проводил судебные разбирательства в частном здании, а не в мечети, где обычно располагался суд *кадия*.

Правовая наука, начиная с XI в.⁷¹, развила учение о публичном праве, определившее место, которое фактически занял шариат в структуре исламского государства. В основном одинаковое во всех суннитских школах, это учение заложило условия для функционирования института халифа (двумя главными требованиями к которому были наивысшее личное

⁷¹ Хотя Абу Юсуф (ум. 799 г.) рассматривает ограниченные аспекты публичного права в своем «Китаб аль-Харадж», аль-Маварди (ум. 1057 г.) приводит первый всеобъемлющий и систематический анализ данного вопроса в своем «Китаб аль-Ахкам ас-Султанийя». Другими выдающимися авторами трактатов о публичном праве являются ханбалитский ученый Ибн-Таймийа (ум. 1338 г.) и маликит Ибн-Фархун (ум. 1395 г.).

благочестие и способность понять и объяснить положения божественного закона (*иджстихад*)) и постулировало, что такого рода компетентный правитель обладает правом предпринимать те шаги, которые он считает уместными для применения и дополнения принципов, установленных религиозным правом. Эта система правления известна как «правление в соответствии с ниспосланным свыше законом» (*сийаса шариа*), однако очевидно, что в данном случае термин «шариа»⁷² имеет гораздо более широкое значение, чем просто система права, описанная в работах юристов, и которое мы постоянно имеем в виду при упоминании «шариатского права» в настоящей книге. Для юристов, занимавшихся общественными делами, концепция ограничения правителя шариатом означала, что правитель был обязан реализовывать главные заповеди Аллаха для исламского общества. В то время, как правовая доктрина трактовала свои цели в контексте прав и обязанностей индивида и устанавливала стандарты поведения, высшим долгом правителя была защита интересов общества. Для выполнения этой задачи правителю были предоставлены широкие полномочия определять, каким образом веления Аллаха могли быть наилучшим образом осуществлены в соответствии с требованиями времени и обстоятельствами.

Согласно трактатам о публичном праве, суд *кадия* формирует обычный орган по применению права и «ключевой элемент юридической системы»⁷³. Обязанность осуществления *када'* (функций *кадия*) является одним из главнейших религиозных достоинств и жизненно важной функцией государства, и нежелание части ученых принять должность *кадия* строго осуждалось. Одновременно доктрина признавала

⁷² Слово часто следует переводить как «откровенное» или «относящееся к священному писанию», нежели как «правовое».

⁷³ Фраза аль-Ваншариши, маликитского юриста (ум. в Фесе в 1507 г.), чей труд о публичном праве был переведен на французский язык и снабжен комментариями Бруно (Brunot) и Демомбином (Demombynes) в *Le Livre des magistratures d'el Wancherisi* (Rabat, 1937).

ограничения, возложенные на *кадия* самой природой шариатского права, если последнее позволяло ему воздержаться от вынесения судебного решения в случаях, когда представленные доказательства не соответствовали строгим требованиям шариата (хотя часто высказывается мнение о том, что *кадий* должен отойти от требований шариатской доктрины в случае практической необходимости, допуская, к примеру, доказательство свидетелей, не являющихся надлежащими свидетелями).

В судебной иерархии над *кадиями* находились суды *мазалимов*, чьи заявления являлись прямым выражением решений высшей судебной и исполнительной власти, соединенных в правителе. Юрисдикция *мазалимов* была выше в особенности из-за того, что они имели право формулировать принципы материального права, дополняющего строгую систему шариата. Одним из примеров подобной деятельности, приводимых в качестве прецедента автором аль-Маварди, служит решение халифа Али, устанавливающее правило о неосторожности пострадавшего при случайном убийстве. Три ребенка играли в игру «лошади-наездники», и ребенок А ущипнул «лошадь» В так, что В сбросил с себя «наездника» С, и тот, упав, умер. В этом случае Али решил, что каждый из трех участников игры должен нести ответственность в размере причитающейся родственникам $1/3$ компенсации или «платы за кровь» (*дийа*). Несмотря на то, что ранние решения, как и вышеуказанное, фактически стали составной частью самого шариата, доктрина публичного права не устанавливала ограничений на будущее применение этого права правителем (за исключением естественного запрета на явное нарушение норм шариата). Подобное свойство юрисдикции *мазалимов* имело существенное значение в том плане, что шариатская доктрина стала жесткой системой и (по крайней мере, с точки зрения общественных юристов) предоставила инструмент для потенциального развития права в исламе, аналогично тому, как

право справедливости «освободило» английскую правовую систему от ограничений, установленных общим правом.

Кроме «чиновника, рассматривающего дела о преступлениях» (*вали аль-джара'им*), которого лучше было бы рассматривать как лицо, исполняющее отдельные полномочия *мазалима* в сфере уголовного права, в учении о публичном праве признается законность иных судов, находящихся в иерархии ниже судов *кадиев* из-за их ограниченной компетенции. Однако большинство этих судов является, по сути, административными учреждениями, и часто лишь дополняют суды *кадиев*, например, при определении ущерба, нанесенного имуществу, или размера компенсации, выплачиваемой при нанесении физического вреда. Одной из наиболее характерных черт ислама, описываемых в источниках, несомненно, является существование должности чиновника под названием *мухтасиб*. Он отвечал за общий надзор за религиозным и моральным благополучием местного населения и обязанности которого простирались от принуждения исполнения молитв и поста до раздельного нахождения мужчин и женщин в общественных местах. Он обладал особым правом разбирать мелкие преступления, совершаемые на рынках (например, утаивание продовольствия или сокрытие недостатков при продаже товаров). Однако это является лишь частью его основной функции. Как уже говорилось, суды *мазалимов* действуют там, где суды *кадиев* не имеют полномочий, а *мухтасиб* занимается делами, которые ниже достоинства *кадия*⁷⁴.

Описывая, таким образом, обширную систему судопроизводства, авторы, писавшие о публичном праве, всего лишь комментировали существующее и известное им положение дел. Они не предлагали универсальную систему или же систему, претендующую на особую значимость и ценность, так как они признавали, что распределение судебных полномочий было исключительной прерогативой главы государства,

⁷⁴ Цит. по: Бруно и Демомбин, С. 18.

а распространение его «правительственных» указов на иные общественные отношения должно обязательно определяться особыми обстоятельствами времени и места. Исторически полномочия ряда государственных учреждений значительно различались в разные периоды истории ислама и в разных регионах его распространения. К примеру, Ибн-Таймийа в XIV в. заявлял, что военные власти в Египте и Сирии того периода обладали полномочиями по рассмотрению большинства уголовных дел и отдельных гражданских исков, однако в Магрибе, где их функции сводились лишь к исполнению решений *кадиев*, вообще не имели права отправлять судопроизводство. Иногда сами *кадии* исполняли обязанности шариатского судьи и обладали полномочиями *мазалимов*, но общим правилом было то, что они разрешали дела в области частного права – семейного права, наследования, гражданских сделок и компенсации ущерба, *вакфных* пожертвований.

Возможно, наилучшим примером широких полномочий, предоставленных согласно учению *сийаса шар'ийа* правителю, является уголовное право. В отношении процессуального права он может приказать использовать такие методы, которые посчитает необходимыми для обнаружения вины. Как заявляет один автор, «мы бы просто приводили подозреваемого к клятве и затем отпускали его со словами «мы не можем осудить его без двух надлежащих свидетелей», что противоречило бы *сийаса шар'ийа*, так как нам он был известен как преступник»⁷⁵. Что касается материального права, государь полностью свободен (за исключением преступлений категории *хадд*) в определении того, какое деяние является преступлением, и какое наказание должно применяться в каждом случае. Подобные дискреционные наказания известны как *та'зир*, или «предотвращение», поскольку их цель – предотвращение совершения преступных деяний са-

⁷⁵ См. мою статью «The State and the Individual in Islamic law», The International and Comparative Law Quarterly (January 1957).

ним преступником или другими лицами. Однако большинство юристов склоняется к точке зрения, согласно которой наказание *та'зир* должно быть ограничено избиением палкой или тюремным заключением и никогда не должно превышать меру наказания, предписанную за преступления *хадд* того же порядка (например, сто ударов плетью или один год тюремного заключения). Но для маликитов принцип соответствия наказания природе преступления и личности преступника является абсолютным, что может вести, в соответствующих случаях, к назначению смертной казни. В конце концов, вследствие того, что главной целью наказания *та'зир* является предотвращение любого вредного поведения для порядка в государстве, правитель под этим предлогом может вмешаться в сугубо гражданские дела. В особенности он может наказывать по своему усмотрению людей, совершивших убийство или насилие в случае, если они были прощены жертвой или ее представителями.

Правовая доктрина предоставила правителю такие широкие полномочия исходя из презумпции, что правитель будет идеально соответствовать своему положению. Именно в этом наиболее очевидно проявляется ее идеалистическая природа, так как не существовало конституционного механизма, и в особенности независимой судебной системы, для того, чтобы гарантировать правление достойного государя и предотвратить возможные злоупотребления властью. Хотя правовая доктрина выработала идеальную концепцию государства, основанного на божественном законе, она никогда всерьез не оспаривала авторитарную власть главы государства применять право на практике. И в итоге правовая теория капитулировала и осознала свою полную непригодность, признав принцип обязанности подчинения любой власти независимо от ее природы и что даже самый неблагочестивый и тиранический режим предпочтительнее гражданских беспорядков. Повеление подчиняться власти, выраженное в стихе Кора-

на: «Подчиняйтесь Аллаху, его Пророку и тем, кто правит», было пересмотрено, и единственными ограничениями фактической власти правителя были те пределы, которые он установил для себя сам.

Вышеизложенного достаточно, чтобы показать, что шариат, как бы ни была сильна его религиозная сила в обеспечении идеального и всеобъемлющего кодекса поведения для людей, может сформировать лишь часть исламской правовой системы. Доктрина *сийаса шар'ийа*, основанная на реальной оценке природы шариата и исторического процесса, благодаря которому он был включен в структуру государства, признает необходимость и ценность существования «внешариатских» судов, которые не могут рассматриваться как отклонение от каких-либо идеальных стандартов. В теории или на практике исламское государство никогда не подразумевало, что шариатские суды должны обладать исключительной юрисдикцией.

Глава 10

Исламское общество и шариат

Исламская идеология предполагает отказ от тех стандартов поведения, которые сформировались на основе прошлого опыта, и текущих требований общества. Эти стандарты поведения должны замещаться религиозным правом в том виде, в котором последнее выражено в классической доктрине X в. Целью настоящей главы является исследование последствий для мировой исламской общины конфликта между шариатским учением и установленным обычаем в двух главных сферах частного права – семейном праве и гражданских сделках.

Семейное право, насколько это касалось мусульманского арабского населения, в целом регулировалось в соответствии со строгой шариатской доктриной. Как система, которая была основана на обычаях тех местностей, откуда происходили

правоведы (таких, как Хиджас и Ирак), и которая успешно включила в свою структуру осуществленные Пророком реформы, она по большей части соответствовала внутреннему характеру арабского общества и поддерживалась им. Однако для иных народов принятие шариата влекло серьезные проблемы, так как основные принципы шариата часто были полностью чуждыми традиционной структуре их обществ.

Среди некоторых сообществ сила коренного обычая была достаточно сильна, чтобы свести на нет какое-либо влияние шариата на регулирование семейных отношений. Как бы ни была искренна мусульманская вера, эти народы приняли ислам как религию, а не как образ жизни, и впоследствии оставались, с ортодоксальной точки зрения, искусственно исламизированными. Здесь мы не говорим о ситуации, когда сама общественная практика противоречила исламскому праву в той мере, в которой шариат должен был применяться при рассмотрении дел шариатскими судами – исламское общество не меньше и не больше других было знакомо с таким положением дел. Однако нам интересно изучение тех мусульманских обществ, единственные официальные суды которых применяли право, отличное от шариата. Например, берберы Северной Африки до настоящего времени руководствуются обычным правом с жестко патриархальными нормами. В местности Кабилие в Алжире брак является формой покупки, при которой жених выплачивает приданое отцу невесты. В случае расторжения брака по инициативе жены (всегда окончательного) муж имеет право требовать от отца жены или от нового мужа своей бывшей жены возмещения в размере, обычно равном сумме выплаченного им приданого⁷⁶. Подобное берберское обычное право, неотъемлемой частью которого является отрицание прав женщин на наследование, применяется при разрешении гражданских дел почти к половине мусульманского населения Марокко. На противополож-

⁷⁶ Bousquet, *Justice française et coutumes kabyles* (Algiers, 1950), 48 f.

ном краю географической карты мусульманского мира, среди матриархальных обществ региона Минангкабау острова Суматра, преобладает полностью иная, равным образом отличающаяся от шариатской доктрины система обычного права⁷⁷. Аналогично шариатское право, за исключением ритуальных практик и обязанностей, едва ли вообще применяется среди народа йоруба в Западной Нигерии⁷⁸.

Для других мусульманских обществ обычай уступил диктату шариата в некоторых областях права, но продолжал использоваться в других сферах. Например, на индийском полуострове исмаилиты из касты ходжа, кутчи, мемонов и бохра после перехода из индуизма в ислам продолжили следовать индуистскому праву наследования по закону и завещанию, вследствие чего у них сохранилась норма о возможности завещания наследодателем всего имущества, прямо противоречащая принципам шариата. На острове Ява порядок наследования по-прежнему регулировался обычным матриархальным правом и не подпадал под юрисдикцию религиозных судов, которые, тем не менее, обладали общей юрисдикцией по вопросам семейного права. Шариат не смог заменить существующий обычай не только на периферии исламского мира или среди народов, принявших ислам в относительно позднее время. Отдельные арабские племена в Йемене никогда не отказывались от своего обычного права, в соответствии с которым, например, женщина не обладала какими-либо имущественными правами⁷⁹.

Хотя полное или частичное вытеснение шариата обычным правом временами приводило к четкому разделению между сферами влияния двух систем, в другое время шариатские принципы и элементы традиционного права сливались в со-

⁷⁷ Bousquet, *Du droit musulman et de son application effective dans le monde* (Algiers, 1949), 91 f.

⁷⁸ Anderson, *Islamic Law in Africa*, Index.

⁷⁹ Ettore Rossi, «Customary Law of the Arab tribes of Yemen», RSO (1948).

ставную правовую систему, регулируемую под единой юрисдикцией. Данный феномен в особенности проявился при распространении ислама на территории Африки к югу от Сахары, где исторический процесс создал множество комбинаций, начиная от неопределенного и частичного применения норм шариата местными судами до полного запрета норм обычного права шариатскими судами.

Правовая практика Северной Нигерии после завоеваний Фулани в начале XIX в. дает красноречивые примеры неизбежных уступок шариата традиционному праву, даже когда были предприняты сознательные попытки применить шариат в полной мере⁸⁰. В Северной Нигерии суды *кадиев* (или «*алькалаи*» на языке хауса) признают право жены на развод с последующим возвратом ею мужу полученного от него приданого. Хотя данный развод может быть представлен как форма развода *хул'*, предписанного шариатом (развод с женой при выплате ею определенной суммы), в действительности речь идет о применении нормы обычая, разрешающего развод в обмен на имущество жены, поскольку в шариате *хул'* не может быть применен женой в одностороннем порядке и является обычной сделкой, на заключение которой обязательно требуется добровольное согласие мужа. Кроме того, суды, на основе обычного права, обычно лишают разведенных матерей права опеки над детьми мужского пола при достижении ими двухлетнего возраста, так как в маликитском праве, которым в принципе руководствуются суды «*алькалаи*», матери предоставляется право на опеку до достижения мальчиком совершеннолетия. Подобное слияние шариата и традиционного права не ограничивалось территорией Африки, что хорошо проиллюстрирует последний пример. На острове Ява предусмотренный обычным правом режим совместной собственности супругов на имущество получил признание в шариатских

⁸⁰ Schacht, «La Justice en Nigérie du Nord et le droit musulman», Revue algérienne... de législation et de jurisprudence, №2 (1951), 37 f.

судах при помощи использования правовой фикции о том, что между супругами существует коммерческое партнерство (*ширка*)⁸¹. Данный инструмент, в частности, позволил судам применить норму обычного права, позволяющую жене при разводе потребовать от мужа треть их совместно нажитого имущества⁸².

Переходя теперь к рассмотрению гражданских сделок, отметим, что выдвинутое юристами классического периода учение носило крайне идеалистический характер, так как запреты на получение *риба* и *гарар* (букв. «неопределенность») были доведены до такой строгости, что они ликвидировали любую форму предпринимательского риска в договорах и установили стандарты, неисполнимые с точки зрения практических требований коммерческих сделок. В таком случае, конфликт между диктатом шариата и нуждами общества здесь был особенно острым. Он затронул ранние арабские мусульманские общины не меньше, чем последующих мусульман, и в итоге породил ситуацию, полностью отличную от положения дел, сложившегося в сфере семейного права. Поскольку уступки в пользу местных обычаев всегда рассматривались как отступление от единственно правильного закона и, как бы успешно применяемая шариатскими судами норма обычая ни вливалась в систему мусульманского права, предписания, содержащиеся в работах мусульманских юристов, остались неизменными стандартами более высокого и совершенного иного характера, чем видоизмененная правовая практика. С другой стороны, в сфере гражданских сделок произошло слияние теории права и практики и, как показывает краткий анализ трех основных особенностей развития

⁸¹ Bousquet, *Islamic Law and Customary Law in French North Africa* (a printed lecture delivered in the University of London, 1945).

⁸² См. научный труд Р.Дж. Уилкинсона (R.J. Wilkinson) под названием «Law», *Papers on Malay Subjects* (Kuala Lumpur, 1908), 54.

права в данном плане, теория постепенно изменялась в целях удовлетворения экономических нужд.

В первую очередь, формальная суть закона была изменена для создания системы «уловок» («*хиял*», в ед. числе «*хила*»), разработанной для достижения целей, кардинально противоположных духу шариата. Таким образом, несмотря на запрет *риба*, займ под процент мог быть предоставлен в виде взаимного обязательства, содержание которого могло быть признано шариатским судом законным. Этой цели служила простая двойная продажа, когда займодавец А приобретает какой-либо товар у заемщика В за оговоренную сумму X, незамедлительно уплачиваемой наличными деньгами. Затем В покупает тот же товар у А на сумму X + Y (Y в данном случае – оговоренный процент), уплачиваемой позже в оговоренный срок. Другой пример. В ханафитском праве продавец земельного участка мог избежать предоставления права преимущественного выкупа владельцу соседнего участка и расторжения сделки с первоначальным покупателем посредством дарения указанному покупателю полосы земли шириной один дюйм вдоль границы с соседним участком. Этот способ позволил ликвидировать право преимущественного выкупа владельцем соседнего участка, так как, в отличие от купли-продажи, права преимущественной покупки при дарении не возникало. В конце концов, формального признания (*икрар*) долга часто было достаточно для возникновения обязательства, даже если бы сделка, лежащая в основе возникновения долга, противоречила принципам шариата. Поскольку в доктрине считалось, что за признанным надлежащим образом долгом следует возникновение обязательств без исследования обстоятельств его появления, и что этот долг мог быть признан несуществующим или незаконным только лицом, способным доказать данный факт, что было фактически невозможно при следовании жестким правилам шариата о доказывании.

Хотя такие правовые уловки (*хиял*) часто называют «юридическими фикциями», по форме или содержанию они имеют мало сходства с юридическими фикциями из истории английского права. Когда английские суды признали факт того, что воображаемый собственник земли по имени Ричард Ро занял участок воображаемого арендатора по имени Джон До, их целью было установление процессуальной основы для разбирательства спора между заявителями, претендующими на пожизненное владение земельным участком⁸³. Однако в исламском *хияле* действие или сделка, признаваемые шариатским судом, были реальными, а не выдуманными, а их целью было не содействие исполнению закона, а обход его существенных положений. Правовые уловки обычно возникают на этапе незрелости в период формирования правовых систем и часто бывают также безвредны и кратковременны, как высыпания на лице в подростковом возрасте. Но в признании мусульманскими юристами мелких принципов *хиял* и допущении ими явно незаконных деяний, нарушающих религиозные стандарты, защищать которые они были призваны, проявилась более серьезная «болезнь», поскольку это может показаться предательством их веры, когда любое заявление о строгом исполнении закона было чуть ли не вопиющим лицемерием. В лучшем случае система *хиял* может рассматриваться как вынужденная уступка юристов, привязанных к неизменяемому и жесткому закону, видевших в *хиял* единственный способ, при помощи которого доктрина могла сохранить некоторую видимость контроля над реальной практикой.

Однако мусульманская юриспруденция отнюдь не признала единодушно правомерность системы *хиял*. Ханафитская школа, во многом из-за формализма, бывшего ее отличительной чертой⁸⁴, смогла признать данную систему, и поэтому все ос-

⁸³ Ричард Ро и Джон Ро – в англосаксонском праве условные обозначения сторон, настоящее имя которых неизвестно (прим. пер.).

⁸⁴ См. выше.

новныe работы, написанные в ее поддержку, исходят от ханафитских юристов. Позднее шафиитские правоведы, отойдя от взглядов основателя своей школы, также признали *хиял*, однако маликитская школа полностью не признала *хиял* из-за учения об истинных намерениях, скрывающихся за очевидными поступками. Действительно, маликитская юриспруденция пошла настолько далеко, что сформулировала принцип, известный как «преграда против зла» (*садд аз-зара'и*), специально предназначенный для предотвращения использования правовых способов для достижения незаконных целей. Кроме того, ханбалиты были, возможно, наиболее яростными противниками системы *хиял* из-за их крайне моралистского подхода к праву, и объемный трактат, посвященный ее развенчанию и осуждению, принадлежит перу ханбалитского ученого Ибн-Таймии.

Второй метод подстраивания теории под экономические требования заключался в формулировании новых правил, дополняющих классическое право. Некоторые из этих добавлений носили дополняющий характер и были неизбежным результатом изменяющихся общественных отношений. К примеру, в ранний период разные комнаты (*бейт*) в доме (*дар*) строились по определенному образцу. Соответственно, осмотр покупателем одной комнаты рассматривался законом как осмотр всего дома. Покупатель, неудовлетворенный купленным домом, впоследствии не мог требовать расторжения сделки на основании того, что он не смог осмотреть весь дом надлежащим образом. Но когда архитекторы стали возводить дома в более свободном и реже повторяющемся стиле, нормой для признания надлежащего осмотра дома стало ознакомление с каждой комнатой. Однако другие нововведения были не чем иным, как целыми правовыми институтами. И хотя они были сконструированы для достижения результатов, невозможных при применении норм более ранней доктрины, они не могут рассматриваться как разновидность

хиял, так как они представляет собой прямые и решительные изменения классического права и не скрывают незаконную деятельность за фасадом существующего правового механизма.

Таким образом, хотя строгая классическая доктрина требовала, чтобы переход права собственности посредством продажи (*бей* ') был безусловным и окончательным, юристы последующего поколения допускали форму продажи, при которой продавец сохранял право на возврат имущества. Известный как *бей* ' *би* 'ль-*вафа* ', этот институт мог удовлетворять различные потребности: он позволял обеспечить основу для создания фактических отношений долгосрочной аренды определенного вида сельскохозяйственных земель (в противоречие строгим правилам классического права), когда покупатель мог выплатить договорную цену по частям, либо заключить договор залога недвижимого имущества под процент, когда продавец продолжал владеть имуществом, выплачивая установленную ренту покупателю. Вновь запрет на отчуждение объявленного *вакуфным* имущества оказался на практике достаточно затруднительным для соблюдения, когда средства на надлежащее содержание или использование имущества были недостаточны. Юриспруденция в Марокко вышла из этой ситуации, легализовав «продажу воздуха» (*бей* ' *аль-хава* ') над соответствующим вакуфным имуществом. Несмотря на то, что покупатель теоретически не приобретал в таком случае самого имущества, он и последующие приобретатели фактически могли использовать данное имущество с принятием соответствующих мер для его сохранности. Подобный же институт был использован для смягчения нормы, запрещавшей нарушение прав на недвижимое имущество опекаемых лиц их законными опекунами.

Развитие права в данном направлении было основной функцией *муфтия* (или юрисконсульта), издававшего свое официальное мнение (*фетва*) по какому-либо конкретному

правовому вопросу. Такой ответ устанавливал связь между сугубо научными академическими теориями и влиянием повседневной жизни, посредством чего требования доктрины были постепенно приспособлены к изменяющимся запросам мусульманского общества. Однако как бы ни были глубоки внесенные таким образом изменения, *муфтии* считали себя связанными существующей доктриной и заявляли о необходимости развития ее неотъемлемых принципов только по мере необходимости. В этой связи необходимо дать пояснение по поводу отдельных заявлений. Очевидно, вразрез с учением о «подражании» (или *таклид*), например, идут слова великого египетского юриста маликитской школы и *муфтия* XIV в. аль-Карафи: «Все нормы права, основанные на обычаях, изменяются при изменении традиций, лежащих в их основе»⁸⁵. Конечно, *фетвы* не ограничивались только гражданскими отношениями и охватывали всю систему шариата. Их сборники стали авторитетными источниками права для мусульманских юристов, дополняя обычные книги по шариату. Возможно, наиболее знаменитым и всеобъемлющим из них является сборник фетв, созданный в Индии в XVII в. и известный как *Фатава' Аламгирийа*.

Тогда как рассмотренные выше два первых метода развития права были, по сути, порождениями классической теории права, инициатива в третьем и последнем аспекте развития была проявлена судами *кадиев*. Будучи в географическом плане территориально ограниченным северо-западной Африкой, той частью мусульманского мира, которую арабы называли «Остров Запада» (*Джазират аль-Магриб*), данный процесс выразился в сохранении определенных норм обычного права в качестве составной части системы норм, применявшейся маликитскими шариатскими судами⁸⁶.

⁸⁵ Цитируется по Mahmassani, *Falsafat at-Tashri' Fi Al-Islâm* (English translation by Farhat Ziadeh), 116.

⁸⁶ Честь открытия и анализа этого феномена исламской юриспруденции принадлежит

Из описанной нами классической теории источников права будет видно, что обычай сам по себе не имеет юридической силы в исламской теории права. Однако, *урф* (буквально «то, что известно» о предмете, в широком смысле – «обычай») играл роль вспомогательного принципа в системе признанных *укул*. Так, договор купли-продажи в идеале должен быть заключен посредством устного предложения и согласия. Но большинство юристов признали законной традиционную форму продажи, известную как *му'амат* (предложение), когда договор заключался при наличии устного согласия с одной стороны и действий, явно демонстрирующих согласие другой стороны. Сам Малик заявлял: «Сделка удачна тогда, когда она заключена так, как удобно людям». Приведем следующий пример из сферы семейного права. Разделение приданого, выплачиваемого жене по условиям брачного договора, на две части, было широко распространенной практикой, когда одна часть выплачивалась сразу, а вторая, как правило, выплачивалась при расторжении брака. При отсутствии в самом договоре нормы, определяющей соответствующие доли приданого, передающегося при заключении брака и после заключения брака, их распределение обычно определялось бы на основе правовой максимы: «Обычай рассматривается как договорная норма».

Дополнительно к ограниченному признанию обычая (*урф*), труды маликитских юристов делали особый упор на учение об общественном интересе (*маслах*) и на принцип «необходимость делает запрещенные вещи допустимыми». И хотя пурист сочтет, что эти принципы окончательно сформулированы в границах существующей доктрины и закреплены в текстах, их кумулятивное влияние ведет к терпимому и то-

Л. Мильо (L. Milliot). См. его Introduction à l'étude du droit musulman, 167-178. Обобщение по этому предмету и о месте обычая в исламском праве в целом можно найти в моей статье «Muslim Custom and Case-Law», The World of Islam, VI (1959), 13 f.

лерантному отношению судьи к обычной практике. Беспрестанно сталкиваясь со спорами по сделкам, противоречащим строгой доктрине, *кадий* впоследствии признавал верховенство условий сделки, и его решение, находя одобрение других *кадиев*, вскоре стала установленной практикой. Действуя таким образом, суд не следовал содержанию какого-либо обычая, но принимал к рассмотрению внешние проявления данного обычая исходя из общественной необходимости⁸⁷.

Возможно, наиболее выдающимся примером данного процесса является сельскохозяйственный договор *хамесса*, по которому арендатор оставляет себе четыре пятых от урожая с используемой им земли, а оставшуюся пятую часть отдает собственнику земли в качестве арендной платы. Подобный вид землепользования противоречит двум главным принципам строгой шариатской доктрины, а именно тому, что арендная плата не должна состоять из продуктов питания, и что ее точный размер должен быть известен и определен. Однако такие договоры были широко распространены в северо-западной Африке, что объяснялось экономической необходимостью в обществе, члены которого обладали малыми денежными активами. Поэтому начиная со средних веков эти сделки повсеместно признавались шариатскими судами в этом регионе.

Для того, чтобы оценить существенное место, которое этот феномен магрибской правовой практики занимает в истории развития исламского права в целом, необходимо в общих чертах рассмотреть являвшуюся следствием природы шариата основу взаимоотношений между теорией и практикой, между юристами и судьями.

Различие во мнениях было широко распространено, даже среди юристов одной правовой школы. Внутри каждой школы учение о праве оценивалось соответственно юридической

⁸⁷ См. интересную работу Берка (Berque) по этому вопросу: Berque, *Essai sur la méthode juridique maghrébine* (Rabat, 1944).

силе противоречащих друг другу положений, которая основывалась на поддержке, которую они получали среди правоведов, представлявших это мнение. Соответственно мнения в обобщенной форме классифицировались на «преобладающее» (*машхур*), «предпочтительное» в определенных обстоятельствах (*раджих*) и «слабое» (*да'иф*). В данной области практика (*амаль*) шариатских судов естественно стремилась выбирать одно толкование из множества вариантов. Так, по вопросу о праве личного статуса марокканские суды последовательно применяли учение Малика о том, что законность или незаконность сделок, совершенных человеком с умственным расстройством, зависит только от того, была ли данная сделка запрещена судом, в независимости от того, могла ли сделка быть выгодной или невыгодной для данного лица. Однако в течение XIX в. указанная практика изменилась и стала разрешаться в пользу мнения ученика Малика, Ибн-аль-Касима, заявлявшего прямо противоположное. Конечно, теория требовала, чтобы в случае конфликта во мнениях правоведов *кадий* следовал учению, преобладающему в его школе. Но в интересах установления справедливости суды часто отдавали предпочтение «предпочтительным» или даже «слабым» точкам зрения, тогда как в Магрибе *кадии* признавали правомерность сделок, о законности которых в текстах вообще не упоминалось.

Для людей, чья забота сводилась к практике применения права, решения судов естественно дополняли доктрину, содержащуюся в текстах, и являлись предметом главного внимания. Такая позиция получила особую поддержку в Магрибе благодаря деятельности группы лиц, известных как *'удул*. *'Удул* появились в VIII в. как институт «профессиональных» свидетелей, чья надежность с точки зрения нравственности (*'адала*) была установлена в ходе судебного исследования (*тазкийя*), и чьи услуги по засвидетельствованию договоров освобождали заинтересованные стороны от трудностей или задержек в случае возникновения спора. Постепенно сформировалась

процедура, когда 'удул, по мере увеличения потребности в их услугах, стали делать записи о сделках (сначала в форме простого *aide-memoire*⁸⁸), свидетелями которых они становились, в итоге сформировав институт нотариусов. Заверенные ими документы известны как *вафа'ик* и фактически признавались судами в качестве доказательств, что дает восхитительный пример того, как практика создала правовой институт, противоречащий строгим положениям доктрины. Однако их особая важность для целей нашего исследования связана с тем, что нормы, регулирующие 'удул, всегда составлялись в соответствии с установленной судебной практикой, вне зависимости от того, согласовывалось ли это с доктриной, изложенной в текстах, или нет. Следовательно, 'удул был потенциальным инструментом укрепления идеи авторитета 'амаль.

В результате этого развития в северо-западной Африке впоследствии возникло уникальное для мира исламского права сочетание теории и практики, так как маликитские юристы признавали судебные решения высшим критерием юридической силы. По словам автора книги *Аль-Амаль аль-Фаси* («Практика Феса», XVII в.): «В своей основе решения *кадиев* нашего времени, основанные на отдельном мнении, должны быть немедленно аннулированы. Однако *амаль* должен иметь высшую юридическую силу над «предпочтительным мнением». Этим нельзя пренебрегать». Магрибская юриспруденция, следовательно, сильно отличается от классической концепции исламского права. Она представляется единственным примером «реалистской» формы мусульманской юриспруденции, следующей скорее за решениями судов, чем предшествующей им, и которая, при детальном анализе, рассматривает не чем право должно быть, а как оно применяется в действительности.

Вкратце подводя итог сказанному в этой и предыдущей главах, развитие права в исламе в средние века может быть оце-

⁸⁸ Фр. «памятная записка», «меморандум» (прим. пер.).

нено с точки зрения того, как реальная правовая практика отличалась от классического учения, изложенного в шариатских текстах. В сфере семейного права различие между теорией и практикой имело четкие границы. Поскольку семейное право рассматривалось как важная и неотъемлемая часть религиозных обязанностей, классическая доктрина арабских властей осталась нетронутой, так как она выражала единственные стандарты поведения, одобряемые Аллахом. Отклонения от этих стандартов, что правовая практика в определенных сферах допускала, никогда не признавались законными выражениями исламского права. Однако в других отраслях права не было установлено такого жесткого разделения между доктриной и практикой. Доктрина публичного права (*сийаса шар'ийа*) признала, что в сфере публичного, в особенности уголовного, права политические интересы нуждались в создании вспомогательных государственных органов, дополняющих шариатские суды. Тогда как в сфере гражданских сделок исламское общество само внесло существенные изменения в строгую классическую доктрину. Именно *муфтии* (или юри-сконсулты) в первую очередь ответственны за синтез теории и практики, так как они не только адаптировали гражданское право посредством *фетв*, но и действовали в качестве советников, утверждавших деятельность судов *мазалим*.

В свете данных изменений классическая теория в исторической перспективе начинает выделяться как этап в эволюции исламского права. Классические труды по шариату всегда рассматривались с наивысшим почтением и уважением как выражение чистого религиозного идеала. Поэтому изменения в теории права часто предполагали уступки практике в виде *exception utilitatis*⁸⁹. Однако с точки зрения реализма классическая доктрина так и не сформировала полное или единственное авторитетное выражение исламского права.

⁸⁹ Лат. «исключение из практических соображений» (прим. пер.).

ЧАСТЬ ТРЕТЬЯ

ИСЛАМСКОЕ ПРАВО В НОВОЕ И НОВЕЙШЕЕ ВРЕМЯ

Глава 11

Иностранное влияние: Рецепция европейских законов

Начиная с XIX в. все более расширяются тесные связи между исламской и западной цивилизациями, вследствие чего развитие права практически полностью обуславливалось новыми влияниями, которым стал подвергаться ислам. На протяжении Средних веков структура мусульманских государств и общества оставалась в основе своей статичной, из-за чего шариат оказался способен успешно приспособиться к их внутренним требованиям за отведенное время. Однако возникшее теперь давление извне столкнуло ислам с совершенно иной ситуацией. В политическом, социальном и экономическом плане цивилизация Запада основывалась на идеях и институтах, чуждых исламской традиции и исламскому праву, выражавшему эту традицию. Из-за существенной негибкости шариата и господства учения о *таклиде* (или строгом следовании установленной доктрине), теперь возник непримиримый конфликт между традиционным правом и потребностями мусульманского общества, по мере того, как последнее пыталось усвоить западные стандарты и ценности. Соответственно первоначально не виделось иного решения, как отойти от норм шариата и заменить их законами, принятыми по западному образцу, в тех сферах, где исламское общество видело острую необходимость в приспособлении к современным условиям. Поэтому любое понимание природы современной практики мусульманского права в первую оче-

редь нуждается в оценке тех пределов и тех способов, в которых право европейского происхождения было заимствовано на различных исламских территориях.

Во взаимоотношениях между мусульманскими и западными странами оказалось особенно заметным взаимодействие в сфере публичного права (конституционного и уголовного права), гражданских и торговых сделок. И именно здесь недостатки традиционной исламской системы (с точки зрения современных условий) были наиболее очевидными. Достаточно было сказано в общих чертах о праве гражданских обязательств, чтобы показать его полную неадекватность для удовлетворения современной системы торговли и экономического развития, по меньшей мере, если единственно разрешенные методы применения классического права были той же природы, как описано в предыдущей главе. С модернистской точки зрения равно необоснованной была традиционная форма уголовной юрисдикции. Не только из-за того, что наказания в виде отсечения руки за воровство или побивания камнями за прелюбодеяние нарушают принципы гуманизма, и не потому, что убийство рассматривается как гражданско-правовой деликт⁹⁰, хотя и допустимый в родоплеменном обществе, но более не отвечающий потребностям государства, организованного на современной основе. Традиционная форма уголовной юрисдикции считается необоснованной именно из-за того, что современные идеи о государственном устройстве не могли мириться с широкими судебными полномочиями, предоставленными правителю согласно шариатскому учению о «предупреждении» преступлений или *тазир*.

Европейское право – уголовное и торговое – начало проникать через систему «капитуляций»⁹¹ в Османской империи в

⁹⁰ Гражданско-правовое нарушение, влекущее возмещение вреда и ущерба в пользу потерпевших лиц (прим. пер.).

⁹¹ Лат. букв. «договор». Договоры Османской империи с европейскими державами, согласно которым турецкие султаны гарантировали льготы и привилегии в пользу иностранных государств и их подданных (в частности, последние могли

XIX в. Она позволяла западным державам гарантировать применение их подданными на Среднем Востоке⁹² законодательства собственного государства. Это привело к более широкому знакомству с европейскими законами, особенно в случаях, когда нормы иностранного законодательства применялись при разрешении споров между европейскими и мусульманскими торговцами в сфере торговых сделок. Естественно, когда требования модернизации и прогресса привели к необходимости замены традиционного права, мусульманские власти на Среднем Востоке обратились к системе «капитуляций». В то же время имплементация европейских законов на всей территории мусульманского государства означала, что западные державы могли согласиться на отмену «капитуляций», становившихся все более обременительными по мере смещения акцента на национальный суверенитет.

Вышеуказанное стало причиной широкомасштабного принятия европейского права в Османской империи в период реформ Танзимата в 1839 – 1876 г. Торговый кодекс, принятый в 1850 г., был отчасти прямым переводом Торгового кодекса Франции и включал положения об уплате процента. Согласно Уголовному кодексу 1858 г., бывшим переводом французского Уголовного кодекса, традиционные наказания *хадд*, предписанные шариатом, были отменены все за исключением смертной казни за вероотступничество. Далее были приняты Кодекс о торговых процедурах (1861 г.) и Кодекс о морской торговле (1863 г.), оба основанные на французском праве. Для применения указанных кодексов была создана новая система светских судов, или *низамийа*. Теперь все гражданские дела (за исключением дел, связанных с правом личного статуса) переходили в их компетенцию, из-за чего основы обязательственного права также были кодифициро-

руководствоваться гражданским законодательством своего государства) (прим. пер.).

⁹² Территория, включающая страны юго-восточной Азии и северо-восточной Африки (прим. пер.).

ваны в 1869 – 1876 гг. в сборнике, известном как *Маджалла* или *Меджелле*. Содержание указанного кодекса не имело ничего общего с европейским правом, оно полностью взято из ханафитского права, поэтому нельзя было ожидать от светских судов иного толкования этого права в отличие от его традиционной формы выражения в авторитетных трудах. Конечно, кодификация была также направлена на достижение единства в правоприменении, на пересмотр некоторых моментов в свете множества противоречий в юридических мнениях, содержащихся в шариатских текстах.

Начиная с 1875 г. Египет продвинулся на пути принятия французского права даже дальше османских властей. Кроме принятия Уголовного, Торгового и Морского кодексов и учреждения системы светских судов для их применения, Египет также ввел в действие Гражданский кодекс, преимущественно основанный на французском законодательстве и содержащий лишь несколько шариатских норм⁹³.

В результате этих первых шагов, предпринятых в османский период, правовые нормы европейского происхождения сегодня составляют жизненно важную и неотделимую часть правовой системы большинства стран Среднего Востока. Уголовное право и процесс практически полностью европеизированы, хотя в последние десятилетия наблюдалась тенденция перехода от французских кодексов к другим источникам. В 1926 г. Турция приняла Уголовный кодекс, основанный на итальянском праве, а создание турецкого Уголовно-процессуального кодекса, принятого два года спустя, было вдохновлено германским законодательством. Итальянское право также было прямо заимствовано Египтом в Уголовном кодексе 1937 г. и имеет преобладающее влияние

⁹³ Для общего исследования процесса кодификации на Среднем Востоке см. доклад, представленный Г.Тедешчи (G. Tedeschi) на Пятом Международном Конгрессе сравнительного права (Fifth International Congress of Comparative Law, Brussels, 1958), под названием «The Movement for Codification in the Muslim Countries: Its Relationship with Western Legal Systems».

на действующий Уголовный кодекс Ливана. Уголовный кодекс Ливии стал результатом смешения норм итальянского и французского происхождения. Что касается права о договорах и обязательствах, то в XX в. оно тоже стало все более вестернизироваться почти во всех странах Среднего Востока. Сегодня османская *Маджалла* действует только в Иордании. В Турции *Маджалла* была заменена после принятия в 1927 г. Гражданского кодекса по образцу швейцарского, в Ливане – после принятия Закона об обязательствах и сделках 1932 г., основанного на французском праве, тогда как Сирия и Ливия недавно приняли гражданские кодексы, прямо копирующие Гражданский кодекс Египта, вступивший в силу в 1949 г.

Однако Гражданский кодекс Египта представляет собой отход от ранее принятой практики полного копирования европейского права и может быть рассмотрен как попытка достижения компромисса между традиционной исламской и современной западной системами, так как нормы Гражданского кодекса являлись синтезом существовавшего египетского права, законов иностранных государств и принципов шариата, последних по списку, но не по значению. Это стало результатом огромного влияния составителей Кодекса, в особенности его главного создателя – Абд-ар-Раззака ас-Санхури. Что касается непосредственно самих норм Гражданского кодекса, включение традиционных шариатских норм было небольшим, поскольку более чем три четверти Кодекса прямо воспроизводили предыдущие египетские кодексы 1875 и 1883 гг.⁹⁴ Одновременно настойчивое требование авторов кодекса создать комбинированный закон и утверждение, что нормы иностранного происхождения были отобраны на основе их общего соответствия принципам шариата, продемонстрировали совершенно новый подход к принятию иностранного права. Существовала также тенденция рассматри-

⁹⁴ См. Anderson, «The Shari'a and Civil Law (the debt owed by the new Civil Codes of Egypt and Syria to the Shari'a)», *Islamic Quarterly* (1954), 29-46.

вать положения Кодекса в полном отрыве от источников их происхождения, и не было бы неправильным утверждать, что в этом можно распознать первые ростки процесса исламизации иностранных правовых норм, как уже происходило в первые два столетия с момента появления ислама. Более того, ст. 1 Кодекса закрепляет, что в случаях, не урегулированных Кодексом, суды должны следовать «обычному праву, принципам исламского права или принципам естественной справедливости», и это очевидным образом отворяет дверь более широкому применению шариатского права. Действительно, такая отсылка вряд ли имела бы серьезные последствия, если бы в праве господствовала идея о шариате как о жесткой и неизменной системе, выраженной в средневековых текстах. Однако недавние изменения в шариатском семейном праве, как мы увидим, по большей части рассеяли эту идею. В свете указанных изменений признание принципов шариата в качестве правообразующего инструмента гражданского права вполне может предполагать гораздо более глубокое значение.

Со второй половины XIX в. применение норм шариата в их традиционной форме на Среднем Востоке ограничивалось в основном сферой семейного права, в состав которого позднее войдут законы о наследовании, системе вакфов и, в большинстве случаев, дарение. Только Аравийский полуостров оставался практически неподверженным влиянию европейского права. Здесь, в Саудовской Аравии, Йемене, протекторате Аден⁹⁵, Хадрамауте⁹⁶ и различных султанатах Персидского залива традиционное исламское право остается основным законом вплоть до сегодняшнего дня и, за исключением нескольких неглубоких изменений, до сих пор продолжает регулировать каждую сферу правоотношений.

⁹⁵ Протекторат Аден – бывший британский протекторат в Южной Аравии, существовавший в 1886 – 1963 годах (прим. пер.).

⁹⁶ Хадрамаут – историческая область на юге Аравийского полуострова, на территории современного Йемена (прим. пер.).

За пределами Среднего Востока проникновение западного права в исламский мир было тесно связано с политикой захватнических империалистических и колониальных сил. С момента завершения французского завоевания в 1850 г. мусульманское население Алжира было обязано следовать в точности тем же нормам уголовного и гражданского законодательства, которые тогда существовали во Франции, и применение шариата было ограничено отношениями, отнесенными к праву личного статуса. Гражданские и уголовные законы Нидерландов точно так же применялись в Индонезии начиная с XIX в., хотя обычай (*adat*) продолжал играть главную роль при регулировании вопросов, связанных с частным правом, так как в этой сфере ислама шариат, как мы уже отмечали, смог завоевать лишь частичное признание, несмотря на попытки голландцев установить нормы шариата в качестве надлежащего права мусульманского населения⁹⁷.

Наоборот, британская политика в Индии первоначально ориентировалась на сохранение существовавшей правовой системы, основанной на традиционном ханафитском праве, получившем поддержку могольских императоров и регулировавшимся *казиями* (*кадиями*). После реорганизации судов Уорреном Гастингсом⁹⁸ в 1772 г. английское право применялось в особенности в судах представительств Ист-Индской компании, в остальных случаях исламское уголовное право применялось мусульманскими судьями. В гражданских делах шариат применялся к мусульманам (как индуистское право к индуистам) в соответствии с советами чиновников-советников по местному праву, или *маулави*, прикрепленных к судам. Однако в 1862 г. для замены того, что осталось от исламского уголовного права, вступили в силу индийский Уголовный ко-

⁹⁷ См. выше. См. также: Bousquet, Du droit musulman et de son application effective dans le monde (Algiers, 1949), 77 f.

⁹⁸ Уоррен Гастингс (1732-1818 гг.) – первый английский генерал-губернатор Индии (в 1773-1785 годах) (прим. пер.).

декс (бывший кодификацией английского уголовного права) и Уголовный процессуальный кодекс. Между тем, гражданское право стало все более англоязычным благодаря принятому судами принципу о разрешении дела согласно «справедливости, беспристрастности и доброй совести», так как получившие образование в сфере английского права британские и индийские судьи неизбежно прибегали к внедрению английских правил, что было результатом как их стремления к унификации права, применяемого к крайне разнородному населению, так и общих сложностей, с которыми они сталкивались в ходе установления правильности норм исламского права по авторитетным арабским текстам. Действительно, «справедливость, беспристрастность и добрая совесть» были на деле синонимичны английскому праву. Естественным образом последовала кодификация значительных частей гражданского права на английской основе и со второй половины XIX в. исламское право на Индийском полуострове, как и везде, было ограничено сферой семейного права.

Примерно в это время в Судане, находившемся под совместным англо-египетским управлением, стала преобладать по существу та же позиция. В 1899 г. был принят Уголовный кодекс, основанный на Уголовном кодексе Индии, но адаптированный к суданским условиям, кроме всего прочего, при помощи сохранения исламского института «кровных денег» (*дия*), уплачивавшихся в случае случайного убийства. Данный институт был распространен среди обществ, все еще организованных на племенной основе. С другой стороны, гражданское право не было кодифицировано (за исключением таких отдельных аспектов, как банкротство, переводные векселя и общества с ограниченной ответственностью), но, как и в Индии, оно стало англоязычным посредством принципа «справедливость, беспристрастность и добрая воля» настолько, что суды в Судане сегодня руководствуются английским общим правом. Юрисдикция шариатских

судов была впоследствии определена Ордонансом⁹⁹ о судах мухаммеданского права Судана 1902 г., который провозгласил их правомочными разрешать «любые вопросы, касающиеся брака, развода, опекуна над малолетними или семейных отношений ... вакфа, дарения, наследования, завещания, ограничения в правах или опекуна над недееспособными или безвестно отсутствующими»¹⁰⁰.

В отличие от вышеуказанных местностей, мусульманские территории Марокко, Туниса и Северной Нигерии сохранили свои традиционные системы исламского права нетронутыми вплоть до самого недавнего времени. Так произошло не только из-за врожденного консерватизма населения или из-за того, что близкий контакт между ним и западной цивилизацией произошел сравнительно поздно, но также из-за того, что протекторатные формы колониального правления (учрежденные Францией в отношении Туниса в 1881 г. и Марокко в 1912, Великобританией для Северной Нигерии в 1912 г.) стремились навсегда сохранить *status quo*.

Во время французской оккупации в Марокко и Тунисе компетенция судов *кадиев* была ограничена вопросами семейного права, тогда как решение большинства гражданских и всех уголовных дел находилось в руках других трибуналов – судов *кадиев* и *вузара* в Тунисе и судов *кадиев* и *пашей* в Марокко. Конечно, эта дихотомия по большей части представляла разграничение между религиозными и светскими судами, но на практике это было не более чем традиционное исламское разграничение между юрисдикциями шариата и *мазалим*. В любом случае право, применявшееся «светскими» судами или судами *мазалим*, долго оставалось исламским по существу, хотя должным образом были учтены особые процессы раз-

⁹⁹ Ордонанс (фр. *ordonnance* – приказ) – указы во Франции, Англии и их колониях. Имели, как правило, подзаконный и временный характер (прим. пер.).

¹⁰⁰ См. Anderson, «The Modernisation of Islamic Law in the Sudan», *The Sudan Law Journal and Reports* (1960).

вития традиционного шариата, произошедшие в Марокко благодаря феномену *амаль*. Кодекс об обязательствах и договорах был введен в действие в Тунисе в 1906 г., но он прямо основывался на исламских источниках и был разработан всего лишь для достижения единства и определенности в применении права¹⁰¹. Только в последние несколько лет французское право было прямо перенято в этих странах, например, в Уголовном кодексе, принятом в Марокко в 1954 г. и случайно сохранившим исламское преступление *зина* (прелюбодеяние) с максимальным наказанием в виде шести месяцев тюремного заключения; в Торговом кодексе (1960), Кодексе о гражданском и торговом процессе (1960), и Кодексе о морской торговле (1962), принятых в Тунисе.

В Северной Нигерии, во время учреждения системы протектората, традиционное маликитское право применялось судами *алькалаи* и судами *мазалим* эмиров во всех гражданских и уголовных делах, исключая сферу землевладения, где преобладало обычное право. В соответствии с британской политикой невмешательства в религиозные дела и сохранения «местного права и обычая» было закреплено верховенство шариата, за исключением того, что судам запрещалось приговаривать преступников к наказаниям, которые, по словам лорда Лагарда, «противоречили естественной справедливости и человечности». Эта формулировка охватывала наказания в виде отрубания руки за воровство и побивания камнями за прелюбодеяние, которое, однако, редко применялось на практике. Однако *хадд*, или определенные наказания в виде порки за прелюбодеяние, употребление вина или клеветнические утверждения о супружеской неверности, продолжали применяться, хотя традиционный способ их применения показывает, что они скорее являлись формой общественного порицания и религиозного покаяния, чем причинением физи-

¹⁰¹ См. Schacht, «Problems of Modern Islamic Legislation», *Studia Islamica*, Fasc. XII (1960), 123.

ческого страдания, поскольку исполнитель наказания должен держать хлыст между пальцами, держать в этой руке камень или похожий предмет, и не должен поднимать запястье выше уровня своего локтя.

В Северной Нигерии также существовали британские суды, действовавшие на основании английского права, закрепленного в Уголовном кодексе Нигерии, и юрисдикция судов, применявших маликитское уголовное право в отношении правонарушителей-мусульман, не была исключительной. Применение статутного¹⁰² или исламского права обуславливалось различными обстоятельствами (к примеру, обладал ли суд эмира по Ордонансу о местных судах правом рассматривать дело о правонарушении, совершенном в пределах эмирата и наказываемом смертной казнью). В делах об убийстве решение вопроса о том, какая система должна была применяться, для обвиняемого могло стать делом жизни или смерти. Маликитское право рассматривает любое причинение смерти, даже при отсутствии какого-либо намерения убить или нанести серьезный вред здоровью, как умышленное убийство, за которое наследники жертвы могут требовать смертной казни для преступника. Умышленным убийством признавалась также смерть, ставшая следствием враждебных действий, содержали ли они намерение убить или нет. Поскольку маликитское право не признает такого смягчающего обстоятельства, как провокация¹⁰³, смертная казнь, очевидно, может назначаться по маликитскому праву за преступления, которые Уголовным кодексом признавались бы неумышленным убийством. Это различие между двумя системами при-

¹⁰² Статут (англ. statute, лат. statutum – постановление) – законодательный акт особой важности в англосаксонской системе права (прим. пер.).

¹⁰³ Провокация (англ. provocation) – смягчающее обстоятельство в уголовном праве стран общего права (Великобритании, США и др.), подразумевающее совершение преступления в состоянии внезапного или временного потери преступником контроля над своим поведением в результате провокационного поведения жертвы (прим. пер.).

обрело значение, поскольку начиная в 1947 г. возник конфликт мнений судов по поводу того, имел ли Верховный суд по апелляции стороны право отменить смертный приговор, вынесенный за умышленное убийство местным судом в соответствии с законом, в то время как в соответствии с Уголовным кодексом действие или бездействие подпадали лишь под категорию неумышленного убийства. В действительности, вплоть до 1957 г. вопрос о том, что местный суд не может налагать наказание, превышающее максимальное наказание, дозволенное Уголовным кодексом за похожее действие или бездействие, не мог считаться урегулированным¹⁰⁴.

Однако факторы, которые привели к принятию современных уголовных кодексов практически во всех странах мусульманского мира, имели место и в Северной Нигерии. Необходимость в преобразованиях чувствовалась острее по мере приближения независимости. Соответственно, новый Уголовный кодекс был обнародован в 1959 г., за ним последовал Уголовный процессуальный кодекс 1960 г. Основанный на Уголовном кодексе Судана и происходящий от Уголовного кодекса Индии, составленного лордом Маколеем в 1837 г., новый Кодекс в одном отношении сохраняет исламскую доктрину: в дополнение к наказаниям, предусмотренным Кодексом, наказание *хадд* (или строго определенное) в виде ударов плетью может быть наложено на мусульман, виновных в совершении преступления *зина* (прелюбодеяние), ложном обвинении в супружеской неверности, употреблении вина. Однако, в отличие от Уголовного кодекса Судана, Уголовный кодекс Нигерии не содержит института «кровных денег» (*дия*) в его традиционной форме. В определенных случаях денежное возмещение может быть взыскано с преступника в дополнение к любому наложенному наказанию или в качестве замены последнего. Но вынесение приговора на

¹⁰⁴ См. Anderson, «Conflict of Laws in Northern Nigeria», Journal of African Law, I, №2, (1957).

основе случаев уголовной ответственности, установленных Кодексом, является существенным условием. Очевидно, что подобное возмещение не может заменить «кровные деньги», уплачиваемые в случаях случайного убийства¹⁰⁵. Наконец, примечательно, что Уголовный кодекс должен был применяться (исполняться) посредством существующей судебной системы. Такой подход естественно включает существенную переориентацию традиционной подготовки мусульманских судей (*алькалаи*).

Внедрение западных законов во многих мусульманских странах на первых порах было сопряжено с некоторыми трудностями. Например, в Турции были построены тюрьмы для совместного заключения, но заключенные не были обязаны работать. Поскольку Уголовный кодекс Италии, принятый Турцией в 1926 г., содержал условия об одиночном заключении и каторжных работах, применение его в полном виде было нецелесообразно до тех пор, пока не были построены новые тюрьмы. Опять же, согласно традиционному исламскому праву, применявшемуся в Турции, злостные должники подлежали тюремному заключению. Когда данное наказание было отменено с вступлением в силу в 1927 г. Гражданского кодекса и Кодекса об обязательствах, основанных на швейцарском законодательстве, освобожденные должники до такой степени скрывали свое имущество от своих кредиторов, что государство было вынуждено быстро ввести уголовные санкции¹⁰⁶. В других странах проблемы возникли из-за сосуществования западных и исламских законов и их взаимодействия. Интересным примером является недавнее суданское дело¹⁰⁷, касавшееся толкования нормы Ордонанса об ограни-

¹⁰⁵ См. A. Gledhill, *The Penal Codes of Northern Nigeria and the Sudan* (Stephens, London, 1963), ch. 23.

¹⁰⁶ См. Sausser-Hall, *La Réception des droits européens en Turquie*, *Extrait du recueil de travaux publié par la faculté de l'université de Genève* (1938), 31 f.

¹⁰⁷ *Hassan and Gaafar Abdel Rahman v. Sanousi Mohamed Sir El Khatim* (1960). Это дело и другие, касающиеся отношений между гражданским правом, обычаем и шариатом в

чении ренты, которая позволяет арендодателю восстановить право владения над принадлежащим ему домом в качестве места жительства для «самого себя». В данном случае арендодатель-мусульманин, имеющий трех жен, утверждал, что: во-первых, признанным принципом английского общего права является то, что муж и жена едины и поэтому использование дома его женой было использованием дома им самим; во-вторых, каждая из нескольких жен мусульманина имеют право на отдельный дом как часть права жены на беспристрастное отношение, установленное шариатом; и в-третьих, он, как муж-мусульманин, был обязан равно обращаться со своими женами. Соответственно на этих основаниях он требовал восстановления права над тремя домами в соответствии с Ордонансом и выиграл дело в Апелляционном Суде.

Однако подобные мелкие проблемы существенно не изменяют факт того, что западные законы были успешно усвоены в различных регионах распространения ислама и что, хотя они первоначально и могли устанавливаться сверху, сегодня они находятся в гармонии с нравами мусульманского населения. Против введения светских законов выступали религиозные правоведаы, однако оппозиция никогда не была достаточно сильна. В целом была принята позиция, что лучше было позволить шариату мирно уйти из сферы правовой практики нетронутым, чем предпринимать радикальное изменение его принципов в соответствии с требованиями современных условий. В то же время исламская правовая традиция всегда признавала право правителя, посредством его полномочий *мазалим*, дополнять строгую доктрину шариата в сферах публичного и общего гражданского права. Принятие западных кодексов в этих сферах могло показаться не более чем необходимым расширением его признанного влияния. Воз-

Судане, были проанализированы Ч. д'Оливье Фарраном (C. d'Olivier Farran) в «Case Note», *The Sudan Law Journal and Reports* (1960), опубликованной факультетом права Харгумского Университета.

можно, с этой точки зрения представление новых уголовных кодексов на Среднем Востоке как применение полномочия правителя на издание правил *сияса* и в особенности его права на «устрашение» (*тазир*) не было чисто формальной и искусственной попыткой оправдать их.

Семейное право, с другой стороны, всегда было оплотом шариата. Принятие светских и западных законов в других сферах создало острую дихотомию между двумя системами, которая выразилась в растущем акценте на значимость и важность шариата для ислама, а также усилении его влияния на вопросы, которые оставались под его контролем. Одним из важных примеров такой тенденции, призванной укрепить позицию шариата в его традиционных владениях, был Закон Индии о шариате 1937 г., который утвердил шариат в качестве основного закона для всех мусульман в Индии в отношениях, касающихся их личного статуса (включая наследование, дарение и *вакф*). Закон о шариате был нацелен на уничтожение практики применения обычаев, преобладавшей среди некоторых групп населения и противоречившей шариату. Кроме того, западные стандарты и институты также дали толчок реформам в сфере семейного права. На первый взгляд, это должно было привести к тому же очевидному тупику между нуждами общества и якобы неизменным законом, как произошло при принятии западного гражданского и уголовного кодексов. Турция действительно видела единственное решение в полном отказе от шариата и заимствовании швейцарского семейного права в 1927 г. Но, к счастью для будущего исламского права, еще ни одна другая мусульманская страна не последовала этому примеру. Решимость сохранить влияние религиозного права позволила выявить инструменты, при помощи которых доктрина шариата могла быть адаптирована к условиям современной жизни. Только Афганистан, различные государства Аравийского полуострова, Северная Нигерия и другие «колониальные территории»

наподобие Занзибара до настоящего момента мало принимали участие в этом процессе или не участвовали в нем вовсе, хотя текущие показатели говорят, что их присоединение к процессу произойдет довольно скоро. Таким образом, наш интерес в основном будет ограничен исламским семейным правом и поразительным феноменом его недавней эволюции среди большинства мусульманского населения.

Глава 12

Регулирование шариата в современном исламе

Для применения шариатского семейного права классическая мусульманская традиция признавала только судебный орган: суд, состоящий из одного *кадия*. Не существовало никакой иерархии шариатских судов и апелляционной системы как таковой, хотя неудовлетворенные истцы всегда могли искать вмешательства политической власти через юрисдикцию судов *мазалим*. Однако в современном исламе эта рудиментарная организация уже нигде не преобладает. Апелляционная система была введена практически везде, даже в таких консервативных областях, как Северная Нигерия, где одним из недавних изменений в этом отношении было учреждение Мусульманского апелляционного суда в 1956 г., а также в Саудовской Аравии и Афганистане, где сегодня существует подобие судебной иерархии с участием нескольких судей при рассмотрении важных дел. В 1955 и 1956 гг. соответственно Египет и Тунис полностью запретили шариатские суды и шариатское семейное право вместе с гражданским и уголовным правом, теперь там действует единая система национальных судов. В Алжире суды *кадиев* действуют только в качестве судов первой инстанции, а рассмотрением апелляций занимаются судьи, заседающие в обычных гражданских судах. Между тем в Индии шариат применялся на протяжении почти двух веков через систему обычных гражданских судов,

решения которых до получения независимости и отделения Индии рассматривались в порядке апелляции в Судебном комитете Тайного совета. Более того, система судебного процесса и доказывания, применяемая даже в судах *кадиев*, была сильно модернизирована на протяжении нынешнего столетия во всех странах, за исключением наиболее традиционных мусульманских.

Во многих правовых системах материальное право неразрывно слито со структурой и процедурой судов, через которые оно применяется. Однако доктрина исламского материального права, вследствие обстоятельств его исторического происхождения, существует достаточно независимо от механизма правового регулирования. Поэтому теоретически современная реорганизация традиционных шариатских судов и судебной процедуры была отдельной и особой проблемой, не соединенной с природой права, которое они должны были применять. Тем не менее, только в результате обстоятельств, сопутствующих в последнее время применению шариата, значительные изменения были вплетены в его традиционную ткань. Как мы увидим в следующих двух главах, прямая реформа содержания шариата политическими властями была также успешно завершена. Однако наша цель в этой главе – рассмотреть только те процессы, которые по существу подпадают под главу о применении права, и в особенности соотнести диаметрально противоположные позиции, которые в этом отношении существуют на индийском полуострове и на Среднем Востоке.

На индийском полуострове применение шариата британскими или англоязычными судами, подчиненными решениям Тайного совета, вело к заметному слиянию двух систем. Результат этого слияния был метко назван англо-мухаммеданским правом, поскольку право, применявшееся индийскими судами, во многом стало отличаться от традиционного шариата из-за введения английских правовых принципов и

концепций. Но это не было результатом какой-либо умышленной попытки реформировать исламское право как таковое. Наоборот, добросовестное стремление судов применять исламское право в том виде, в котором они его понимали, не подлежит сомнению. Просто судья по своей природе не обладал тем же знанием строгой шариатской доктрины или тем же отношением к его высшей и исключительной юридической силе как, скажем, *кадии* из арабских стран. В результате в этой части мусульманского мира могут быть выделены две принципиальные черты судебной деятельности.

Во-первых, поскольку судам не было свойственно принимать во внимание или признавать доктрину строгого соблюдения решений существующих органов власти, они не колебались формулировать новые принципы посредством дополнения традиционного права тогда, когда это казалось необходимым на общих основаниях справедливости и равенства. Например, вдова, подавшая иск об уплате неуплаченного приданого из имущества умершего мужа, получила преимущество в решении своего вопроса, так как по правилу англо-мухаммеданского права, в целом известного как «вдовый залог», она имеет право сохранить владение над имуществом своего мужа до уплаты положенного ей приданого в случае, если такое владение было приобретено правомерно и мирным способом¹⁰⁸. Хотя это может рассматриваться как конкретная реализация принципа «самопомощи», признаваемого шариатом, по традиционному праву вдова в таких обстоятельствах обычно классифицируется как обыкновенный необеспеченный кредитор. Опять же, традиционное право дарения (которое на индийском полуострове осталось строго в сфере шариата) концентрируется на строгом принципе того, что дарение действительно только тогда, когда переданная вещь

¹⁰⁸ Об этих и других особенностях англо-мухаммеданского права, упомянутых в этой главе, обращайтесь к образцовому учебнику по данному предмету: A.A.A. Fyzee, *Outlines of Muhammadan Law* (Oxford, 1955).

была фактически передана одаряемому. Строгое применение этого правила было признано суровым и несправедливым в современных условиях и было смягчено существенным развитием теории о вручении правового титула¹⁰⁹, получившей лишь ограниченное признание в традиционном праве. В этом контексте особенно известным было ханафитское правило о том, что дарение неразделенной доли в имуществе (*муша*) не было действительным до того, как передаваемая доля не была выделена из остального имущества и должным образом передана. Это правило применялось во всех случаях, за исключением случаев, когда рассматриваемое имущество было «неразделимым» – термин, который традиционно толковался как обозначающий имущество, разделение которого неизбежно влекло утерю его нормального использования. Однако в процессе судебных решений в Индии ограничились необходимостью разделения подарков *муша* самыми строгими рамками: во-первых, введя ряд особых исключений из ханафитского правила (такие как дарение доли в безусловном праве собственности в торговом городе или долей в компании, занимающейся недвижимым имуществом), и, во-вторых, при помощи принятия модифицированного толкования «неразделимого» имущества как имущества, которое могло бы быть использовано с большей пользой в неразделенном состоянии. В этих случаях, как и в других подобных усовершенствованиях англо-мухаммеданского права, очевидно, что суды рассматривали традиционное шариатское право, в отличие от английского общего права, в немалой степени как предмет для изменения в соответствии с высокими стандартами справедливого правосудия. В самом деле, интересно заметить, как

¹⁰⁹ Вид дарения, осуществляемого в случаях, когда буквальная передача дара невозможна вследствие особенностей передаваемого имущества или имущественного права (например, при дарении здания, банковского счета). В этих случаях дарение совершается посредством передачи документов, ключей, банковских кодов и др. материальных предметов, предоставляющих одаряемому возможность получения доступа к дару (прим. пер.).

многие из наиболее важных индийских решений такого рода принадлежат к периоду конца XIX в. – сразу после того, как верховенство права справедливости в английской правовой системе было в итоге утверждено законами о судостроительстве 1873 и 1875 гг.

Вторым главным изменением на индийском полуострове был полный упадок шариатской доктрины в определенных отношениях и его замена предписаниями английского права. Опять же, это не было процессом умышленного замещения. Так же, как произошло и в гражданском праве, суды часто испытывали крайние затруднения в установлении правильных принципов шариата, применимых к делу, и в подобных обстоятельствах естественно прибегали к английскому праву как к наиболее удобному и справедливому средству достижения цели. Возможно, выдающимся примером этого являются принципы, которые сегодня определяют управление имуществом умершего в Индии и Пакистане. В соответствии с ханафитским правом, как следует из подлинных текстов, различные правила управления происходят из основной теории о фиктивном продолжении жизни умершего, который остается, по мнению закона, собственником имущества до списания его обязательств. Конечно, эта теория особенно важна в случае с имуществом неплатежеспособного, где не существует передачи права собственности наследникам в случае смерти, и где применяется в полной мере другой главный шариатский принцип о том, что наследование невозможно до уплаты долгов. Однако в процессе судебных решений в Индии перестали игнорировать теорию о фиктивном продолжении жизни умершего. Вне зависимости от платежеспособности или банкротства, имущество умершего считалось наследуемым, как в случае со старинным английским наследником по закону, в соответствии с их долями в наследстве на момент смерти. Конечно, право собственности наследников зависело от их личной ответственности по уплате долгов умершего, пропор-

ционально их долям в имуществе. Но согласно английскому праву должник обычно правомочен распоряжаться своим имуществом и передавать вещное право добросовестному правопреемнику за плату. Соответственно, поскольку наследник был владельцем своего наследства, считалось, что он мог передать законное право на свою долю наследства до уплаты долгов умершего. Отказ от применения теории о фиктивном продолжении жизни умершего таким образом также полностью разрушил реальное значение шариатского принципа о невозможности наследования до уплаты долгов¹¹⁰.

В нескольких случаях судебные решения в Индии базировались на несовершенном и частичном признании только норм традиционного шариатского права, когда принципы и установления шариата толковались в свете английских правовых концепций.

Дарение имущества на ограниченный период, в особенности на период жизни одаряемого, является примером того, как озабоченность индийских судов английскими правовыми идеями мешала истинному пониманию шариата. Эти подарки были по существу рассмотрены как «пожизненное владение имуществом» в английском праве, которое в техническом плане является передачей права собственности, или *corpus*, на имущество на ограниченный период с ограничениями в его использовании или отчуждении. В таком понимании подарки на период жизни одаряемого были правильно объявлены Верховным Судом Индии незаконными по ханафитскому праву. Ханафитское право утверждает, что безвозмездная передача *corpus* имущества (*хиба*) должна быть абсолютной и безоговорочной: любые целевые ограничения, относящиеся ко времени или использованию, рассматриваются как условия, не обладающие юридической силой. Но хотя условия дарения не признаются, дарение само по себе остается

¹¹⁰ См. I. Mahmud, *Muslim Law of Succession and Administration* (Pakistan Law House, Karachi, 1958).

законным и поэтому одаряемый приобретает полное право собственности над имуществом. Однако, хотя индийские суды правильно установили ханафитское право о *хиба*, они в действительности коснулись только одного аспекта ханафитского права дарения. Кроме передачи *соргус* (*айн*), ханафитское право также признает безвозмездную передачу только *usus* (*манфаа*) имущества. Такая передача называется *арийа* и может законно сопровождаться условиями, ограничивающими период или способы использования имущества. Таким образом, ограничение интересов, но, конечно, не английское пожизненное владение, может быть эффективно создано по нормам шариатского права при помощи передачи *usus*. В итоге это признали члены Тайного совета в деле Сардара Навазиша Али Хана (1948), где было принято решение, что данный вопрос касался определения судом того, заключался ли подарок в передаче *соргус* или *usus*, и если дело заключалось во втором, то любые ограничения продолжительности извлечения выгоды одаряемым были законными и имеющими юридическую силу. Но следует заметить, что в строгом соответствии с ханафитским правом *арийа* может быть отменена дарителем в любое время.

Без сомнения, наиболее известное неправильное толкование ханафитского права возникло в отношении права о пожертвованиях *вакф*. В знаменитом деле Абул Фаты против Руссомоя (1894) Верховный Суд Индии провозгласил незаконным *вакф*, доход от которого должен был выплачиваться потомкам учредителей, поколение за поколением до прекращения рода, а после них – в пользу вдов, сирот, нищих и бедных. В апелляционной инстанции члены Тайного совета оставили в силе это решение на основании хорошо известного принципа английского права о справедливости, так как окончательное дарение бедным было настолько же отдаленным по времени, насколько и нереальным. Бедные, говорилось в решении, были упомянуты в учредительном акте «все-

го лишь для того, чтобы придать ему оттенок благочестия, и таким образом легализовать распоряжения, призванные служить возвеличиванию семьи». Следовательно, *вакф* не был благотворительным учреждением в любом содержательном смысле и должен быть признан незаконным.

Однако английская и исламская концепции благотворительности радикально различаются в данном контексте. «Постижение Аллаха» (*курба*) является сущностью *вакфа*, и, по единому мнению мусульманских юристов, подобная *курба* считается лживой при самом акте передачи учредителем права собственности на имущество. Сделав, таким образом, неподвижным *согрус* имущества (так как в ханафитском праве оно считается принадлежащим только Аллаху), шариат более не заботится об обеспечении посвящения дохода от пользования имуществом «благотворительной» цели. Конечно, собственная семья учредителя может быть законно назначена выгодополучателем по единому мнению всех школ шариатского права, хотя на взгляд ханафитского юриста Абу-Юсуфа, к мнению которого обратились в Индии в предыдущем случае, учредитель мог сохранить для себя исключительное право на доход от *вакфа* на период своей жизни. В действительности, многие юристы считали, что для законности *вакфа* не было необходимости в особом упоминании таких конечных выгодополучателей, как бедные или больные. Те, кто требовал такого посвящения, только искали способ обеспечить постоянный характер учреждения, а не для того, чтобы показать, что такие «благотворительные» институты были в любом случае более подходящей целью для *вакфа*, чем получение от него выгод собственной семьей учредителя.

Так же, как и решение в деле Абул Фаты против Руссомоя полностью, таким образом, противоречило признанным авторитетам шариата, нет сомнений, что Тайный совет в данном случае пытался применить исламское право – и в действительности они заявили, что дело заключалось в этом. Но в

первую очередь они предпочли последовать недавним решениям Верховных судов Индии, чем мнению таких ученых, как Амир Али, и нормам права, зафиксированным толкованиями авторитетов. И по второму случаю члены Тайного совета оказались в некоторой неопределенности по поводу принципов, согласно которым должны были быть определены соответствующие нормы шариатского права. Три года спустя, в деле Ага Махомеда против Кулсом Би Би (1897 г.), в соответствии с традиционной доктриной *таклида* (следования утверждённому авторитету) было верно заявлено, что «для суда было бы неправильно ... подводить Коран под свою собственную конструкцию в противоречие ... явно выраженным правилам комментаторов такого ... высокого авторитета» (т.е. ханафитскому тексту из *Хидои*). Однако в деле Абул Фаты против Руссомоя члены Тайного совета посчитали возможным проигнорировать авторитетные ханафитские тексты и дать свое собственное толкование определенным предписаниям, приписываемым Пророку. «Было бы неправильным, – заявили они, – предполагать в отношении великого законодателя, что он таким образом выражает согласие на дары, в отношении к которым даритель не осуществляет пожертвование ... и которые не несут выгоды другим, кроме использования пустых слов ...». Таким образом, может показаться, что вновь британские судьи не смогли оценить реальную важность теории *таклида*, но они предположили, что традиционное шариатское право, как и английское общее право, было настолько же справедливым и подвергающимся изменению посредством тех справедливых принципов, которые нашли признание в судах.

Однако в этом случае, в отличие от множества других, подобное решение не было признано допустимым по отношению к мусульманскому сообществу в Индии, и Законодательный орган в конечном счете отменяет решение Тайного совета изданием Закона об узаконении мусульманских вак-

фов 1913 г., по существу восстановившим традиционную ханафитскую доктрину семейных учреждений в системе *вакфа*. Однако примечательно, что британские суды, применяя исламское право в Адене, Занзибаре и Кении, продолжали относиться к решению Тайного совета в деле Абул Фаты как к обязательному для них, и это, в свою очередь, сделало необходимым распространение законодательства по образцу Закона об узаконении вакфа на каждую из этих территорий. Более того, даже после внедрения такого законодательства, нежелание восточно-африканских судов отойти от английских идей благотворительности привело к серии дел, последнее решение по которым было принято Тайным советом в декабре 1962 г., в котором законодательство, относящееся к делу, было настолько строго растолковано, что его цели были частично сорваны¹¹¹.

Таким образом, англо-мухаммеданское право является выражением исламского права, уникальным не только по форме (так как оно в действительности применяется как система прецедентного права через иерархию судов, которые следуют доктрине обязательных прецедентов), но также и по сути, поскольку оно включило в себя английские нормы, особенно принципы справедливости, в целом аналогично тому, как зарождающееся исламское право подверглось римскому влиянию в более ранний исторический период. Французское влияние в Алжире, как можно наблюдать, привело в целом к одинаковой, хотя и не такой крайней, ситуации из-за строгого контроля, который осуществляли французские судьи над судами *кадиев* через систему апелляций. Например, французские суды настаивали на согласии взрослой девушки на заключение брака на формальном основании, что это было необходимо если не в маликитском, то в ханафитском праве.

¹¹¹ См. Anderson, «Waqfs in East Africa», *Journal of African Law*, III, №. 3 (1959), 152-164. См. также самое последнее решение Тайного совета по этому поводу: *Riziki Binti Abdullah v. Sharifa Binti Mohamed Bin Hemed* – Privy Council Appeal №. 63 of 1960.

Хотя в вопросе опеки малолетних детей они в значительной степени отрицали жесткие правила опеки по шариатскому праву и рассматривали интересы малолетнего как первостепенные и имеющие преимущественное рассмотрение во всех делах. Эти и другие подобные принципы, отражающие французское влияние, стали составной частью шариатского права, применявшегося в Алжире.

Обращаясь теперь к Среднему Востоку, мы находим совершенно иное положение дел. Над шариатскими судами доминировала доктрина *таклида* в той мере, которая позволяла им регулировать право только в строгом соответствии с нормами средневековых текстов. По этой причине изменения могли быть введены в действие только через вмешательство политической власти, действовавшей в соответствии с принципом *сияса*, чтобы определить, как именно должно было применяться шариатское право.

Следует напомнить, доктрина *сияса* является фундаментальной теорией исламского публичного права, которая определяет позицию политической власти по отношению к шариату. *Сияса* предоставляет власти право предпринимать такие административные шаги, которые она считает необходимыми в интересах общества, обеспечив при этом соблюдение всех существенных принципов шариата. Важным аспектом этой прерогативы правителя является его право определять юрисдикцию своих судов, в том плане, что он может устанавливать пределы их компетенции. Конечно, на этом основании общественные юристы признали законность «экстра-шариатских» трибуналов средневековья, которые осуществляли полномочия по делам, изъятым из компетенции шариатских судов. Также на этой широкой основе полностью новая судебная система, посредством которой шариатское право в настоящий момент применяется в Египте и Тунисе, вряд ли может быть названа «неисламской» с точки зрения правовой теории, учитывая, что институт *кадия*, хоть и являлся на

протяжении веков традиционным органом шариатской юрисдикции, был, тем не менее, учреждением, созданным омейядской администрацией и не был обусловлен требованиями божественного откровения. Однако в работах о публичном праве особое ударение делается на праве правителя устанавливать процессуальные нормы и нормы доказательного права, и это та часть доктрины *сияса*, которая затрагивает предмет нашего исследования. Политические власти Среднего Востока посредством ряда предписаний, обычно называемых *канун*, ограничили компетенцию судов *кадиев* делами, которые соответствовали определенным процедурным и доказательственным условиям. Хотя это были административные меры, которые теоретически оставили содержательную часть шариатской доктрины нетронутой, они имели далеко идущие последствия для природы шариатской юрисдикции, что и покажут следующие главные примеры их использования.

Традиционное шариатское право, как мы заметили, не придает какой-либо ценности письменному доказательству, несмотря на явно выраженное повеление Корана о том, что сделки должны составляться в письменном виде. Нарушения, возникающие из-за опоры судов на устное свидетельство, привело к появлению на Среднем Востоке правил *сияса*, которые не позволяли судам рассматривать определенные виды заявлений, которые не базировались на документальных доказательствах. Таким образом, египетский Кодекс об организации и процедуре для шариатских судов 1897 г. закреплял, что «иски о браке, разводе или их признании не должны рассматриваться после смерти одной из сторон, если только они не подкрепляются документами, в отношении которых нет сомнений в их подлинности...». Это простое требование документального доказательства было позже превращено в необходимость специального вида документальных доказательств в определенных сделках – т.е. наличия надлежащего удостоверения уполномоченного государственного лица. И когда

иорданский Закон о семейных правах 1951 г. запретил судам рассмотрение любого заявления о разводе (*талак*) от мужа (к примеру, поданного им для защиты от требования жены о материальном содержании), если только подобное заявление о разводе не было надлежащим образом зарегистрировано *кадием*, был сделан шаг в направлении признания возможности развода в одностороннем порядке юридической процедурой. Здесь можно было бы использовать удобную возможность, чтобы отойти от нашего ознакомления с главными группами мусульманского населения и отметить, что регистрация заявления о разводе всегда была законодательным требованием, начиная со времени обращения в ислам двухмиллионного мусульманского сообщества в Югославии и, с 1937 г., пятидесяти тысяч мусульман в Голландской Гвиане¹¹².

Такой же процессуальный инструмент был применен в Египте для противодействия последствиям чрезмерных периодов беременности, признаваемых шариатской доктриной, которые доказали свою неприемлемость с современной точки зрения. Ханафитское право полагает, что максимальный двухгодичный период может пройти между зачатием ребенка и его рождением, тогда как другие школы признают даже более длительные периоды. Период в четыре года признается в шафиитском и ханбалитском праве, тогда как существует и очень авторитетное мнение Малика о семилетнем периоде. Такие правила не объяснялись в полной мере незнанием средневековыми юристами вопросов эмбриологии, хотя вера в феномен «спящего плода», возможно, внесла свой вклад в их признание. Безусловно, что юристы были хорошо знакомы с обычным периодом беременности, который сформировал основу многих правовых норм, и большинство итна-ашаритских юристов фактически признали максимальным периодом

¹¹² Голландская Гвиана – неофициальное название бывшей голландской колонии Суринам в Южной Америке. Республика Суринам получила полную независимость от Нидерландов в 1975 г. (прим. пер.).

девять лунных месяцев. Однако отдельные последствия незаконнорожденности, возможно, заставили юристов занять чрезвычайно осторожную позицию. Существовало желание избежать приписывания статуса незаконнорожденного детям, родившимся у овдовевших или разведенных женщин после обычного периода беременности, прошедшего со времени прекращения их брака, так как незаконнорожденный ребенок не обладал правом предъявлять какие-либо требования к своему отцу, особенно в отношении материальной поддержки. К тому же, во всяком случае, для маликитов, рождение ребенка вне брака и вне признанных периодов беременности после прекращения брака было, прежде всего, свидетельством внебрачной связи, которая могла повлечь наказание *хадд* в виде побивания камнями матери. И юристы последовательно демонстрировали нежелание применять подобные суровые наказания *хадд*, за исключением случаев доказанной вины. Одним словом, именно гуманистические принципы побудили юристов признать возможность продленных периодов беременности. Поскольку вопрос был переплетен с уголовным правом, их общая позиция заключалась в том, что законнорожденность должна была предполагаться всегда, если только обстоятельства без всяких сомнений не доказывали обратного.

Однако такие соображения в основном потеряли свою силу в современном Египте, где прелюбодеяние перестало быть уголовным преступлением, и где была принята норма о содержании незаконнорожденных детей своими отцами. С другой стороны, возростала озабоченность злоупотреблениями, возникновению которых, в свете современной медицинской точки зрения, способствовало традиционное право. Поскольку *идда* или «период ожидания» разведенных женщин продолжался до тех пор, пока они были беременны, разведенные женщины могли, при установлении, что их период *идда* не был завершен, требовать материального содержания от сво-

их бывших мужей на период двух лет. Более того, они имели право на долю в имущества мужа, умершего в течение этого периода, по крайней мере, в случае, если развод не был совершен в окончательной и необратимой форме. В итоге дети, родившиеся от разведенных или овдовевших женщин в пределах двух лет с момента прекращения их брака, обладали правом требовать материальное содержание от бывшего мужа и получить большую часть в его имущества (неотъемлемое право в шариатском праве наследования).

Правовые презумпции в отношении беременности, являясь, конечно, вопросом доказательства, и, как таковые, подходящим объектом административного регулирования. Соответственно, египетское правительство считало возможным затронуть эту проблему при помощи метода ограничения компетенции шариатских судов. Так, статья 17 Закона №25 от 1929 г. закрепляла, что «не должны рассматриваться иски о материальной поддержке в отношении периода *идда*, превышающего один год с момента развода. Не рассматриваются какие-либо иски о наследовании на основании брака в отношении женщины, чей муж умер в срок, превышающий один год с момента развода». Аналогично по статье 15 «иски об оспаривании отцовства не должны рассматриваться в отношении ребенка от разведенной или овдовевшей женщины, которая родила его в период, превышающий один год после ее развода или смерти мужа». Другими словами, шариатским судам не позволялось рассматривать иски по этим вопросам, если только рассматриваемая ситуация соответствовала современной медицинской точке зрения на вопросы беременности, при которой период в 365 дней считается достаточным для охвата всех исключительных случаев.

Следующая норма, также включенная в статью 15 египетского закона 1929 г., регулировала другой аспект традиционного права о законнорожденности и вновь касалась вопроса о доказывания. В соответствии с ханафитской теорией, пре-

зумпция о том, что ребенок, родившийся от замужней женщины после шести месяцев брака, был законным ребенком ее мужа, не могла быть опровергнута ни доказательством того, что брачное сожителство никогда не существовало, ни доказательством того, что между супругами не было физических взаимоотношений в течение всего сожителства. Традиционное право знало только один способ, при помощи которого муж мог отречься от ребенка, рожденного его женой. Это крайне формализованная процедура *лиан*, которая заключалась в том, что отказ мужа от отцовства в отношении рожденного его женой ребенка состоит в обвинении жены в совершении преступления в виде прелюбодеяния. Это обязывает мужа понести наказание в виде восьми ударов плетью за необоснованное предъявление обвинения в супружеской неверности (*кадф*) в случае, если он не сможет подтвердить обвинение необходимыми четырьмя свидетелями. Следовательно, муж, желающий отречься от ребенка своей жены, был обязан поклясться четырьмя священными клятвами (занимая место четырех свидетелей) в том, что данный ребенок не был его ребенком и затем навлечь на себя проклятье Аллаха (вместо наказания за *кадф*), если он дал ложную присягу. Тогда жена, не признающая совершения прелюбодеяния, могла избежать наказания за прелюбодеяние, произнеся четыре клятвы в своей невиновности в ответ и в конце навлечь на себя проклятье Аллаха, если она в действительности была виновна. В результате этой процедуры (называемой *лиан* от арабского *ла'ана* – «проклинать»), которая также приводила к разводу супружеской пары и устанавливала постоянный запрет на их повторный брак, отцовство ребенка как предмет спора больше не относилось к мужу.

Очевидно, *лиан* был институтом, не соответствующим современным идеям о судебном процессе и доказывании, и естественная его замена – доказательство отсутствия брачных отношений – была введено в Египте в 1929 г. при помо-

щи того же инструмента (ограничения компетенции шариатских трибуналов). Соответственно, судам было запрещено рассматривать иски об отцовстве, в которых отцовство можно было установить либо тем, что в браке полностью не было брачных отношений, либо тем, что ребенок от жены родился в период, превышающий один год после последнего физического контакта между нею и мужем.

Изменения традиционного ханафитского права о законнорожденности были также произведены на индийском полуострове, но они находились в остром противоречии с египетскими реформами в плане их юридической базы и, в значительной мере, их содержания. Поскольку здесь судебные решения признавали, что шариат был заменен индийским Законом о доказывании 1872 г., содержанием которого, что вполне естественно, было английское право. Согласно ст. 112 Закона, ребенок, родившийся в период действия законного брака или в пределах 280 дней с момента его расторжения, будет считаться законнорожденным ребенком мужа до тех пор, пока не может быть доказано отсутствие брачных отношений. Таким образом, в отличие от обычного шариатского права и современного положения в Египте, презумпция законнорожденности применяется в пользу ребенка, родившегося в течение шести месяцев с момента заключения брака, тогда как законнорожденность или незаконнорожденность ребенка, родившегося позднее 280 дней после прекращения брака, будет, по-видимому, определяться обычными принципами английской системы судебных доказательств.

Хотя административные правила на Среднем Востоке были по существу вопросами вспомогательного значения, в одном случае они были явно направлены против содержания шариатской доктрины – в вопросе о браке детей. В египетском Процессуальном кодексе для шариатских судов, принятом в 1931 г., ряд прежних норм по данному предмету был усилен следующим образом. Суды не имели права рассматривать

споры о подобных браках, если только данный брак не мог быть установлен при помощи официального удостоверения. В соответствии с существующим правом уполномоченным чиновникам было запрещено заключать браки или выдавать удостоверение о браке, в котором на момент заключения договора невеста была моложе 16 лет или жених был моложе 18 лет. Не подлежали рассмотрению в судах любые брачные иски, даже в случае отсутствия спора о браке, если один из супругов был моложе предписанного возраста на момент подачи иска. Эти нормы явно затронули признанное всеми правовыми школами материальное право опекунов супругов на заключение брака от имени малолетних любого возраста, находящихся под их опекой, поскольку судебная защита не предоставлялась в случае брака, заключенного таким образом. Но в теории материальное шариатское право осталось нетронутым, и брак, заключенный между малолетними, оставался полностью законным. Косвенный процессуальный метод оказался единственным свободным направлением для египетских реформаторов, чтобы на этом этапе ограничить практику детских браков в условиях установленной доктрины *таклида*.

Примерно такая же ситуация возникла в Алжире под французским влиянием, когда административные правила требовали составления формальных сделок о браке *кадиями*, которым Генеральный прокурор приказал отказывать в соответствующем документе, если невеста была моложе 15 лет. Однако в Индии изменения в этом плане вновь имели отличную природу. Вступление в брак девочек моложе 14 лет и мальчиков моложе 16 лет было запрещено под угрозой наказания Законом об ограничении детского брака 1929 г. В то же время браки, заключенные против положений Закона, считались обладающими юридической силой, и некоторая защита предоставлялась девочкам, вступившим в брак во время несовершеннолетия, посредством продления их так называе-

мого права «выбора при совершеннолетию». В соответствии с традиционным ханафитским правом несовершеннолетняя девочка, брак которой был заключен любым опекуном, не являвшимся ее отцом или дедушкой по отцовской линии, может расторгнуть брак при достижении совершеннолетия, доказав, что брак не был совершен с ее согласия. Согласно Закону о расторжении мусульманских браков 1939 г., это право расторжения могло быть использовано в случае, когда девушка была отдана замуж ее отцом или дедушкой по отцовской линии.

Не следует преувеличивать роль, которую играл в современной эволюции шариатского права на Среднем Востоке метод ограничения компетенции судов. Как средство исправления сугубо процессуальных недостатков в праве, данный метод полностью согласуется с исламской традицией. Но когда он используется против норм материального права, его ценность становится сомнительной. Каким эффективным на практике ни был отказ в судебной защите, это жесткий метод реформ, когда рассматриваемое действие или отношение по умолчанию предполагается законным, и этот метод, в случае доведения до своего логического заключения, мог лишить шариат всякого подобия власти. Конечно, его наиболее крайние защитники могли никогда не предполагать его применение против двух глубоко укоренившихся прав мужа, на которые обратили пристальное внимание реформаторы – право на многоженство и право на одностороннее расторжение брака. Действительно, для многих особый способ, которым была ограничена юрисдикция судов, казался незаконным применением власти, предоставленной правителю. Они утверждали, что, поскольку это право существовало для того, чтобы правитель мог распределить различные виды дел между одним судом и другим, и не могло быть использовано для запрещения применения определенных видов исков, подпадающих под нормы материального права, тем более принудительно.

Таким образом, практические и теоретические рассуждения такого плана делали ограниченность данного метода реформы очевидной.

Тем не менее, в отличие от положения на индийском полуострове, где деятельность судов преобразовала само содержание шариата, позиции исламского права на Среднем Востоке стали меняться без какого-либо прямого вмешательства в материальные нормы шариата. Однако преобразования в этих регионах, которые мы вкратце обсудили, могут быть для удобства названы «административными» для разграничения их от прямых реформ материального права, введенных под эгидой политической власти, которые формируют предмет изучения последующих двух глав. Это разграничение, однако, является скорее аналитическим, чем историческим, по отношению к Среднему Востоку в целом, поскольку не всегда административные аспекты развития предшествовали прямой реформе содержания. В конце концов, в отношении метода реформы материального права будет видно, что не менее впечатляющее различие существует в этом отношении между индийским полуостровом и Средним Востоком. В Индии шариатское семейное право было прямо заменено в отдельных и ограниченных сферах статутным правом по английскому образцу, примеры которого уже указывались. На Ближнем и Среднем Востоке, с другой стороны, шариат систематически кодифицировался – процесс, более соответствующий характеру арабской юриспруденции, но в действительности во многом обусловленный недавним французским влиянием, хотя большие трудности возникли при представлении изменений, заключенных в кодексах, законного применения шариатских принципов. Современные тенденции в семейном праве обоих регионов сохранили свои собственные особые правовые традиции.

Глава 13

Таклид и правовая реформа

Иджма (общее согласие) теоретически обосновала, что семейное право, выраженное в средневековых книгах по праву, было исключительно авторитетным и окончательным выражением шариата, и, согласно последующей доктрине *таклида*, сами основные принципы, выраженные в текстах, были нерушимы и неизменны, хотя они могли распространяться на решение новых дел. Однако существовало огромное разнообразие в теории как внутри нескольких школ суннитского права, так и в отношениях между ними, и *иджма* утвердила эти различия как одинаково законные и правомерные толкования шариата. *Таклид* позволяет выбирать между различными взглядами, содержащимися в авторитетных текстах. Данный принцип допускает широкие изменения в праве, традиционно применявшимся в странах Среднего Востока, и, будучи использованным современными реформаторами, привнес дополнительное значение в заявление, приписываемое Пророку: «Различие во мнениях среди членов моей общины является признаком щедрости Аллаха».

Ислам к этому времени ощутил последствия исчезновения барьеров между различными правовыми школами, обусловленных географическим разделением в Средние века. Официальная поддержка ханафитской доктрины османским правительством привела к учреждению ханафитских судов в провинциях империи, где население принадлежало другой школе. Таким образом, по отношению к шафиитским и маликитским участникам судебного процесса в Египте, и маликитским истцам и ответчикам в Тунисе и Судане часто по необходимости применялось ханафитское право. Однако, очевидный конфликт идентичности, который, как могло показаться, данная ситуация порождала для индивидуального сознания, не был в реальности серьезным, так как он в первую

очередь относился к вопросам культа и ритуальной практики, согласно которым мусульманское население идентифицировало себя с особой школой или традицией. По сугубо правовым вопросам население было готово принять юрисдикцию судов, применяющих принципы какой-либо другой школы. В любом случае, влияние ханафитского права на упомянутых территориях сохранилось и после распада Османской империи. Ханафитские суды продолжили действовать в Египте. Два главных *кадия*, один ханафитский и один маликитский, заседали в Тунисе, а судебная практика в Судане постепенно породила слияние маликитской и ханафитской систем.

В теории бесспорным является то, что право мусульманина должно регулироваться правом его школы, по крайней мере, в вопросах личного статуса. С усилением взаимодействия между мусульманами в современное время этот принцип естественно приобрел более важное значение, и суды, следовавшие одной школе, не выразили отрицательного отношения к применению методов другой школы и советов ученых, обученных на основе ее принципов, когда затрагивалось личное право участников процесса. Более того, традиционная доктрина позволяет мусульманину менять свою школу по своему желанию, что признал индийский суд в бомбейском деле Мухаммада Ибрахима и Гулама Ахмада (1864 г.). В этом деле брак девушки, воспитанной в шафиитской традиции, и которая вышла замуж без согласия ее отца, был признан законным на основании заявления девушки о том, что она стала ханафиткой и в таком качестве вступила в брак. Напомним, что ханафитское право является единственной системой, которая разрешает взрослой девушке заключать свой собственный брачный договор без вмешательства своего опекуна. До последнего времени правовая практика в Занзибаре предоставляла пример интересного, хотя с точки зрения приверженца чистого ислама полностью незаконного, распространения этого права мусульманина – участника про-

цесса отказаться от выбора неудобных норм, существующих в его собственной школе. В данном случае ибадитское право (ибадиты являются сохранившейся ветвью исходной секты хариджитов) позволяло жене расторгнуть брак на основании жестокого обращения мужа. Шафиитское право, с другой стороны, признает временную форму судебного развода как единственное решение, возможное для жены в подобных обстоятельствах. Но шафиитские жены привыкли совершать развод в связи с жестоким обращением при помощи простого способа в виде подачи заявления ибадитскому *кадию*. Однако современные условия привели к осознанию существования различных доктрин и признанию шариатскими судами равнозначности их традиций, что обусловило уменьшение количества суннитских школ до четырех.

В противовес развитию связей и социальной гармонии между несколькими школами в правовой практике необходимо рассмотреть современные изменения законодательства на ханафитском Среднем Востоке. В 1915 г. параграфом 53 Правил об организации и процедуре мухаммеданских судов Судана был закреплен принцип возможности применения в необходимых случаях шариатскими судами суждения, отличающегося от мнения той школы, которой они традиционно следовали. Правила предоставили главному *кадию* право применять при помощи издания судебных циркуляров или меморандумов правила, отличающиеся от предписаний ханафитской доктрины. Однако именно османское законодательство 1915 и 1917 г.г. первым подверглось, было реформировано процессу реформ и стало примером для других арабских стран Среднего Востока. Семейное право, или его существенная часть, было кодифицировано на следующей юридической основе: правитель, в рамках своих признанных полномочий *сияса*, обладает правом определять юрисдикцию судов, в том плане, что он мог приказать им применять одно из нескольких существующих вариантов мнений. Эти коди-

фикации также содержали правила уже обсужденного нами вида, которые установили процедурные ограничения компетенции судов. Но основная часть их содержания состояла из тех правил, которые были выбраны из всей массы традиционной шариатской теории как наиболее подходящие для применения в современное время. Таким образом, это второй, но гораздо более важный аспект правовой реформы в соответствии с доктриной норм *сияса*. *Тахайюр* является общим арабским понятием для процесса отбора. И если мы не принимаем в расчет случаи с ограничением выбора только между ханафитскими вариантами, имевшими место в османской *Маджалле*, будет видно, что случаи применения *тахайюра* могут быть разделены на три определенных группы, которые могут рассматриваться как хронологические этапы в развитии данного принципа.

Первым и естественным шагом было рассмотрение преобладающей теории одной из трех других суннитских школ как возможной альтернативы существующему ханафитскому праву. Развод, и, в особенности, заявление жены о расторжении брака, является, возможно, великолепным примером случая, когда реформа считалась делом особой важности в ханафитских странах, и где она могла быть эффективно реализована методом «отбора». Жена-ханафитка могла расторгнуть брак в судебном порядке в случае, если полная неспособность к брачному сожителю мужа была доказана, и она могла расторгнуть брак на основании предполагаемого вдовства, если ее муж стал безвестно отсутствующим, и со времени его рождения прошло девяносто лет. Но, кроме этого, она не имела возможности расторгнуть пагубный союз, за исключением переговоров о разводе по обоюдному согласию. Тогда как другие школы, и, в особенности, маликиты (как наиболее либеральные в этом отношении), позволяли жене подавать заявление о разводе на основании жестокого обращения мужа, его отказа или неспособности содержать

ее, в случае, если он покинул ее, либо его заболевания каким-либо серьезным недугом, которое делало продолжение супружеских отношений пагубным для жены.

Соответственно, первый великий памятник реформы в традиционном семейном праве – Османский Закон о семейных правах 1917 г. – предусматривал судебное расторжение брака для жен, оставленных мужьями без материального содержания, или чьи мужья страдали от какой-либо серьезной болезни. В первом случае в основе нормы было маликитское право, тогда как во втором случае была принята теория ханбалитов. Однако в Египте в дальнейшем произошло более полное заимствование маликитской доктрины в законах о разводе, принятых в 1920 и 1929 гг. Это законодательство содержало нормы о разводе в случае неспособности неотсутствующих мужей содержать своих жен (более широкая норма маликитского права в противовес правилам ханбалитов) и включило в качестве отдельного и дополнительного основания для судебного расторжения брака оставление мужем жены на период продолжительностью в один год, даже если у мужа могло быть имущество, способное обеспечить материальное содержание для жены.

Несмотря, однако, на преимущественно маликитское влияние, египетское законодательство включило определенные изменения в маликитскую доктрину. Это, в первую очередь, возможность для мужа, согласно египетскому праву, противопоставить заявлению жены о разводе на основании оставления ее мужем разумное оправдание своего отсутствия (например, деловые обязательства). Конечно, это соответствует обычному ханафитскому учению, однако маликитское право не рассматривает причины отсутствия мужа как достойные внимания. Можно заметить, что Судан в этом отношении более тесно следовал маликитскому праву, когда Судебный Циркуляр 1916 г. разрешил развод женам, чьи мужья отсутствовали в течение года и более вне зависимости от причины,

предусмотрев только утверждение жены о том, что она боялась впасть в аморальное поведение в результате оставления ее одной. Вторым отклонением египетского законодательства от строгого следования маликитского праву является отношение к заявлению жены о разводе вследствие жесткого обращения мужа. В случае, когда жена доказывает жестокое обращение в предусмотренной форме, суд немедленно выносит постановление о разводе. Но когда жестокое обращение не может быть установлено в подобающей форме и раздор между супругами все еще очевидно существует, от семей обоих супругов назначаются третейские судьи. Не имея возможности примирить стороны, третейские судьи издают постановление о разводе для жены, если они считают, что вина во взаимной неприязни лежит на муже, и вплоть до этого момента процедура по египетскому праву соответствует маликитской доктрине. Но тогда, когда арбитры полагают, что вина за неприязненные отношения явно лежит на жене, они уполномочены маликитским правом применить форму развода, известную как *хул*, при котором жена обязана заплатить отступные – обычно приданое или его часть – для ее развода. Однако, согласно египетскому праву, третейские судьи не обладали этим полномочием. И хотя в поддержку этой позиции можно было бы процитировать маликитского юриста Ибн-Рушда, вероятнее всего это объясняется тем, что целью реформаторов было предоставление развода женщинам, права которых нарушались, а не мужьям, чьи права на развод (*таллак*) предоставляли им очевидный способ решения подобной проблемы.

Одинаковые по содержанию реформы права о разводе, применявшегося на индийском полуострове, были осуществлены посредством Закона о расторжении мусульманских браков 1939 г. Этот закон, однако, не может рассматриваться в качестве полноценной замены маликитской или другой доктрины традиционным ханафитским правом, по аналогии

с египетским законодательством и похожими законами, впоследствии принятыми в других странах Среднего Востока. Конечно, индийские реформаторы заявляли о принятии маликитских правил и, по крайней мере, в одном Законе очевидно является более маликитским в своих положениях, чем его египетский аналог, поскольку он конкретно объявляет, что жена может получить развод на основании жестокого обращения мужа в случае, когда она является одной из нескольких жен и с ней обращаются не на равных с остальными – поведение, которое в маликитских текстах всегда признается как образующее неправомерную жестокость (*дарар*). Однако определенные нормы Закона, какими бы благотворными они ни были в современных условиях, прямо противоречат всей традиционной доктрине, например, правило о том, что «отречение от ислама, совершенное мусульманкой, состоящей в браке ... не должно само по себе вести к расторжению ее брака». Другие нормы представляют собой значительные изменения основных маликитских принципов. К примеру, требования, чтобы муж оказался неспособным осуществлять материальное содержание в течение двух лет, и чтобы его уход или неспособность исполнять свои супружеские обязанности длились в течение трех лет до момента, когда жена может подать заявление по этим основаниям. Однако наиболее характерной чертой является отсутствие в Законе особых процедур маликитского права, при помощи которых жене мог быть предоставлен развод на различных основаниях. В нем не только нет норм о третейских судьях по делам об обвинении в жестокости, но Закон также принимает в качестве общего способа расторжения брака судебное постановление *фасх* (дословно «расторжение») вместо судебного развода по инициативе мужа (или *талака*), предписанного маликитским правом и принятого в египетском законодательстве. Различие между этими двумя видами правового механизма обладает особой важностью в делах о разводе вследствие не-

способности мужа оказывать материальную поддержку. В соответствии с Законом о расторжении мусульманских браков, постановление о *фасхе* по этому основанию используется для окончательного расторжения брака, тогда как судебное расторжение брака по маликитскому и египетскому праву является обратимым разводом – к примеру, развод, который станет окончательным только после истечения периода *идда* разведенной жены и теряет юридическую силу в случае, если муж докажет в течение периода *идда* способность и желание содержать свою жену. По вопросу стандарта или уровня материального содержания, на получение которого имеет право жена, Египет уже принял шафиитскую доктрину, которая закрепляет стандарт при помощи исключительной отсылки на финансовое положение мужа. Таким образом, муж, показывающий свою возможность обеспечить удовлетворение первичных жизненных потребностей, сможет отменить судебный развод, осуществленный по египетскому закону из-за неспособности осуществить материальное содержание.

Второй пример отбора принципов другой школы (в этом случае ханбалитской) странами Среднего Востока касается права мужа и жены на регулирование случаев их брачных отношений посредством оговаривания условий в самом брачном договоре. Фактически, принятие ханбалитских правил является примечательной особенностью современного законодательства на Среднем Востоке, и несколько парадоксальным является то, что идеи школы, которая традиционно была известна своей строгостью и жесткостью, и которая в ходе истории никогда не обладала широким признанием, теперь должны рассматриваться как подходящие для регулирования жизни большого числа мусульман-ханафитов. Однако, в отношении к условиям брачных договоров ханафитская, маликитская и шафиитская доктрины естественным образом исходят из основной теории о договорах, существующей в этих школах, а именно из того, что последствия данного до-

говорного отношения, с точки зрения возникающих прав и обязанностей, точно определяются законом и не зависят от изменения воли сторон. Соответственно, условия являются законными и применимыми только в случае, если они служат закреплению результатов, указанных в договоре.

Применительно к брачным договорам этот принцип означает, что любые условия, рассматриваемые как противоречащие сути брака, например, оговорка о временных рамках, ведут к полной недействительности всего договора. Хотя любое условие, которое требует изменений или противоречит утвержденным правам сторон – к примеру, праву жены на приданое и материальное содержание или праву мужа требовать подчинения от своей жены, брать трех дополнительных жен и разводиться в одностороннем порядке (*талак*) – само по себе не имеет юридической силы и рассматривается как несуществующее в период действия договора. Законными являются только те условия, которые укрепляют жесткую схему брачных отношений, такие, как оговорки об определенном размере приданого. Ханбалитское право, с другой стороны, значительно продвинулось в одобрении принципа индивидуальной свободы в регулировании договорных отношений. В основном это было следствием особенностей первоначальной ханбалитской юриспруденции. Из-за того, что ранние ученые этой школы рассматривали признанные тексты божественного откровения в качестве единственных источников права, имеющих юридическую силу, более важное значение придавалось применению повеления Корана: «Мусульмане должны следовать своим договоренностям». Следовательно, согласно ханбалитскому праву любое соглашение, заключенное между мужем и женой как часть их брачного договора, гарантируется законом до тех пор, пока оно не включает что-либо прямо запрещенное законом или явно противоречащее институту брака. Хотя эта формула не содержит таких оговорок, как введение временных ограничений, она разрешает, в

отличие от доктрин других школ, оговорки, которые изменяют обычные права и обязанности супругов, и в особенности те, которые обеспечивают защиту позиции жены. Поскольку прямо не запрещены и не противоречат институту брака условия о том, что муж должен иметь только одну жену, что жена не должна быть обязана жить где-либо вопреки ее воле, или что она должна быть свободна в общественной или трудовой деятельности. Соответственно, условия такого характера по ханбалитскому праву законны и осуществимы.

Поскольку главной целью средневосточных реформаторов было улучшение правового положения женщин, привлекательность этой ханбалитской доктрины была безусловной, и в различной степени эта доктрина была принята в большинстве арабских стран. В Османском Законе о семейных правах 1917 г. содержались лишь положения против заключения мужем второго брака. Последний на этом основании провозглашался законным, и то же справедливо для Кодекса о личном статусе Марокко 1958 г. В 1926 г. предложения о применении ханбалитской доктрины на более широкой основе были выдвинуты в Египте с целью ограничения не только права мужа на многоженство, но также его власти над своей женой. Однако предложения не были приняты в виде закона. Согласно Закону о семейных правах Иордании 1951 г., любая «оговорка о преимуществе для одной из сторон» была объявлена законной, тогда как Закон о личном статусе Сирии 1953 г. специально включил положения, которые ограничивали «свободу мужа в тех делах, которые дозволены ему законом». Очевидно, подобная же позиция, согласно самому недавнему Кодексу о личном статусе, принятому в Ираке 30 декабря 1959 г., появляется на Среднем Востоке, хотя размытая формулировка соответствующей статьи дает судам значительное пространство для толкования¹¹³. Во всех этих

¹¹³ См. Anderson, «A Law of Personal Status for Iraq», *International and Comparative Law Quarterly* (October 1960), 550.

случаях, следуя обычной ханбалитской доктрине, условия, обеспечивающие некоторую выгоду для жены, имеют юридическую силу не в смысле того, что муж будет их соблюдать исходя из запретительных повелений, но в смысле того, что их нарушение мужем образует серьезное нарушение договора, освобождающее жену от ее собственных обязательств по договору и уполномочивающее ее на расторжение брака.

Суды на индийском полуострове, как может быть в итоге отмечено, признали законность соглашений в мусульманских брачных договорах при условии, что они должны быть «разумными и не противоречить положениям и политике закона», что, очевидно, включит большинство условий, ограничивающих традиционные права мужа¹¹⁴. Но данная ситуация возникла из естественного стремления юристов и судей, знакомых с принципами английского права, придать силу подобным соглашениям и постепенно перестать следовать строгим повелениям ханафитского права. Это не было, конечно, результатом осознанного принятия ханбалитской доктрины.

Интерес может представлять последний пример первой стадии «отбора», или *тахайюра*, поскольку здесь, в отличие от общей тенденции, целью было облегчить трудности, испытываемые мужьями, нежели женами, на основании существующего закона. Разведенные жены, не являющиеся беременными, обязаны соблюдать период *идда*, длящийся в течение трех менструальных периодов (*куру*) и на протяжении этого времени они обладают правом на получение материальной поддержки со стороны их бывших мужей. По ханафитскому праву считалось, что *идда* разведенной жены, у которой прекратились ее обычные менструальные периоды до окончания *идда*, должна была длиться до момента, когда у нее фактически завершались три подобных периода, или она достигала возраста менопаузы, установленной законом в 55 лет, когда она должна была соблюдать *идда* в течение последующих

¹¹⁴ Fyzee, *op. cit.* 104 f.

трех месяцев. Это правило является особенно поразительным и неудачным примером тенденции средневековых юристов настаивать на механическом соблюдении правовой нормы (в данном случае – завершение трех менструальных периодов) и к полному пренебрежению целью, которой должно было служить правило (в данном случае – удостоверение того, беременна жена или нет). В результате недобросовестные разведенные жены могли требовать от своих бывших мужей материального содержания на более длительные периоды всего лишь посредством заявления о том, что у них не завершились три менструальных периода. Чтобы предотвратить подобное злоупотребление, османский Закон о семейных правах 1917 г. закрепил маликитское правило о том, что период *идда* у таких женщин должен был продолжаться в течение обычного времени беременности – т.е. девять месяцев – с добавлением дополнительных трех месяцев в виде нормального периода *идда* для женщин, у которых прекратились менструации. В действительности, однако, как указано в османском Законе, маликитский период был сокращен до максимального срока в девять месяцев. Можно отметить, что влияние традиционного ханафитского правила было сведено в Египте на нет при помощи рассмотренных нами процессуальных правил, в соответствии с которыми максимальный период *идда* был установлен в один год в практических целях.

Поскольку реформа традиционной шариатской доктрины началась на Среднем Востоке, главные примеры «отбора» (*тахайор*), естественно, являются случаями замещения ханафитского права какой-либо иной системой. Однако ничто не мешает использовать тот же процесс для получения выгод в неханафитских регионах ислама. Суды в Алжире, как мы увидели, предпочли ханафитскую доктрину маликитской в вопросах правомочия взрослой женщины на заключение своего собственного брачного договора. Тунисские законодатели, в законе 1959 г., ставшего дополнением к принятому

в 1957 г. Закону о персональном статусе, перестал использовать традиционное маликитское правило об излишке имущества, поступающего в государственную казну, если он не имеет отношения ни к кому из родственников из категории *асаба*. В Тунисе приняли доктрину *радд*, или «возврата» (наследникам по Корану), как предписывалось немаликитскими школами. Действительно, данное правило выходит за пределы этих предписаний, позволяя пережившему супругу получить долю в излишке имущества¹¹⁵. Наконец, Саудовская Аравия, в 1927 г. еще достаточно консервативная для того, чтобы отвергнуть предложение короля Ибн-Сауда о кодификации законодательства на основе доктрин, не относящихся к ханбалитским¹¹⁶, недавно признала принцип возможности применения правил других суннитских школ в подходящих обстоятельствах¹¹⁷.

Таким образом, реформатор мог заявить, что он всего лишь осуществил свое признанное право (как был обязан следовать правящей власти *мукаллид*) выбирать между различными мнениями, признанными юриспруденцией в качестве равно обоснованных. По мере того, как применение *тахайюр* (или «отбора») переходило во свою вторую стадию, реформаторы могли только относить правила, включенные в их кодексы, к авторитету отдельных юристов, чьи мнения предшествовали или были в противоречии с доминирующими доктринами четырех суннитских школ в целом.

В отличие от египетской политики неодобрения браков несовершеннолетних посредством косвенного и процессуального метода отказа от предоставления судебной защиты, большинство других стран Среднего Востока – Иордания, Сирия, Ирак, Тунис и Марокко – вслед за османским Законом

¹¹⁵ См. Roussier, «Dispositions nouvelles dans le statut successoral en droit tunisien», *Studia Islamica*, Fasc. XII (1960), 138.

¹¹⁶ Schacht, «Islamic Law in Contemporary States», *American Journal of Comparative Law* (1959), 146 f.

¹¹⁷ См. Anderson, *Islamic Law in the Modern World*, 83.

о семейных правах прямо позаимствовали в качестве материального права правило о том, что ребенок, не достигший совершеннолетнего возраста, не может заключить брак. Минимальный возраст совершеннолетия, закрепленный различными законами, имел разброс от 12 (для мальчиков) и 9 (для девочек) по османскому закону до 16 лет для обоих полов в Ираке. Между минимальным возрастом и возрастом достижения полного права на вступление в брак, обычно в 18 лет, разрешение на брак может быть дано судом, если суд признал, удостоверил зрелость заявителя. Единственным возможным юридическим обоснованием этих правил являются взгляды таких ученых самого раннего периода, как Ибн-Шубрума, который считал, что принудительные браки невозможны между несовершеннолетними, и захиритского юриста Ибн-Хазма, — по крайней мере, в отношении несовершеннолетних мальчиков.

Аналогично, когда в 1953 г. Сирия признала максимальным периодом беременности один год в качестве нормы материального права, обосновать это можно было только индивидуальным мнением маликитского ученого Мухаммада ибн аль-Хакама. Точно так же установленной доктрине всех четырех школ противоречили определенные изменения в законодательстве о разводе посредством *талака*, принятые в Египте в 1929 г. Слова о разводе, произнесенные только для того, чтобы заставить жену совершить или воздержаться от какого-либо действия, и без всякого намерения действительно совершить развод (к примеру, «если ты поведешь себя так еще раз, ты разведена») были провозглашены недействительными на основании авторитетного мнения таких людей, как мекканский ученый Ата, умерший в 733 г. н.э., и Шурейх, которого, как утверждают, назначил судьей Куфы халиф Умар (634 – 644 гг.). Положение о том, что произнесение слов о разводе, сопряженное со словом или знаком с числом, должно было считаться однократным и обратимым разводом, также осно-

вывалось на свидетельстве таких авторитетов, как ханбалит Ибн-Таймийа.

Опора на отдельные доктрины является характерной чертой египетского Закона о наследовании 1943 г. Двух примеров из этого закона здесь должно быть достаточно. Во-первых, в случае, когда ребенок рождается мертвым в результате нападения на его мать, шариатский закон взыскивает с нападавшего «кровные деньги», известные как *гирра*. Все суннитские школы рассматривают эти деньги как принадлежащие самому ребенку и таким образом переходящие его наследникам. Однако ханафиты утверждают, что ребенок, вследствие того, что его существование признается правилом *гирра*, должен наследовать и передавать своим наследникам имущество, которое он бы обязательно унаследовал, если бы родился живым. Однако согласно египетскому праву, сам ребенок не приобретает и не передает своим наследникам ни *гирра*, ни, тем более, любое иное имущество, но мать сама имеет право получить «кровные деньги» за своего мертворожденного ребенка, которые таким образом рассматриваются как компенсация, выплачиваемая за ущерб, причиненный телу самой женщины. Ученые из Медины, Рабия ибн Аби Абд ар-Рахман и аль-Лаиф ибн Сад, жившие в начале VIII в., являются единственными авторитетными источниками этого правила.

Второй пример касается общей проблемы соперничества между дедушкой умершего по отцовской линии и родственниками умершего по боковой линии при отсутствии завещания. Все школы согласны в том, что единоутробные братья и сестры полностью исключаются из наследования дедушкой. Полнокровные и единокровные братья и сестры также исключаются дедушкой по ханафитскому праву, но допускаются к получению доли вместе с ним согласно мнению шафиитов, ханбалитов и маликитов. Египетский Закон заимствует общий принцип последних двух школ о том, что такие боковые родственники не исключаются дедушкой из права наследо-

вания, но по многим частностям отклоняется от их правил, касающихся точного способа распределения долей среди соответствующих заявителей. Рассмотрим простой пример: общим принципом является то, что дедушка считается братом, и в отношении между братьями полнокровный исключает единокровного из права наследования благодаря своей превосходящей кровной связи. Следовательно, в случае, когда умершего переживают его дедушка, полнокровный брат и единокровный брат, шафиитское и маликитское право выделило бы одну треть имущества дедушке и две трети полнокровным братьям на основании того, что единокровный брат должен получить условную долю в размере одной трети по сравнению с дедушкой и затем быть исключенным из права наследования этой доли полнокровным братом в пользу последнего. Однако в соответствии с египетским правом единокровный брат исключается из права наследования полнокровным братом *ab initio*¹¹⁸, который затем разделит имущество в равных долях с дедушкой. В этом, как и в других частных случаях, в которых закон отличается от шафиитской и маликитской доктрин, египетский Закон основывает свои нормы на мнении, приписываемом Али, зятю Пророка. Но для того, чтобы конфликт авторитетных источников выглядел более сбалансированным, выбор представлен в виде мнения, лежащего между альтернативными взглядами Али, с одной стороны, и взглядами секретаря пророка Зайда ибн Табита, с другой стороны, от которого, как утверждается, происходит доктрина маликитов и шафиитов.

Возможно, теперь будет очевидно, что на втором этапе применения *тахайюра* мантия *таклида*, которая до тех пор прикрывала деятельность реформаторов, стала проявлять признаки изношенности. В поиске авторитетных источников из правового свода десяти веков юридических размышлений законодателя вышли за границы, установленные традиционной

¹¹⁸ Лат. «от начала» или «с начала» (прим. пер.).

юриспруденцией. Вернулись из небытия эксцентричные с ортодоксальной точки зрения взгляды ученых прошлых эпох, в свое время единогласно осужденные.

Однако в третьем и финальном примере *тахайюра* обращение законодателей к *таклиду* становится немного большим, чем иллюзорной формальностью. Законодательные нормы, по-видимому, сконструированы при помощи комбинации и слияния юридических мнений и их элементов различного характера и происхождения. Эта деятельность названа описательным термином *талфик* (дословно «составлять из лоскутов, собирать по кусочкам»).

Тем не менее, в определении *талфика* имеется некоторая неточность. С одной стороны, любое отклонение от доктрины определенной школы образует *талфик*. Из-за единства отдельных обрядов и школ принятие маликитского права, скажем, в отношении развода и сохранение ханафитского права о браке в результате сформировало бы комбинированную правовую систему. На более ограниченном уровне условий в брачных договорах применение ханбалитской доктрины к оговоркам, не позволяющим мужу вступить в брак со второй женой, но не к оговоркам, обеспечивающим социальную свободу для жены (как в случае с османским Законом о семейных правах) могло бы быть названо *талфик*. Подобного взгляда могло придерживаться туниССкое законодательство о наследовании при отсутствии завещания, которое закрепляет немаликитский принцип «возврата» (к наследникам по Корану), но сохраняет маликитское мнение о том, что родственники по материнской линии (*зау аль-архам*) не обладали правом наследования. И доктрина о «возврата», и требования родственников по материнской линии в большей части зависят в традиционном праве от места, которое уделялось государственной казне. Действующее туниССкое законодательство стремится к принятию немаликитского аспекта концепции государственной казны по отношению к кораническим на-

следникам, и сохранению маликитского аспекта концепции по отношению к родственникам по материнской линии.

Однако это было нечто большее, чем обычное развитие ситуации, когда доктрина одной школы считалась применимой в одних обстоятельствах, а доктрина другой школы – в других. Хороший пример предоставляет римское право в нормах, затрагивающих *specificatio* – создание нового вида (или *species*) имущества из существующего материала, например, моделирование орнамента из золотой руды. Право собственности над созданным объектом принадлежало, согласно сабинианской школе¹¹⁹, владельцу материала, а по мнению прокулианской школы – создателю объекта¹²⁰. Однако, Юстиниан постановил, что право собственности принадлежит создателю, если продукт не мог быть возвращен к своему первоначальному состоянию. В противном случае право собственности сохранялось за первоначальным владельцем. Замечательный пример подобного компромисса между двумя различными взглядами содержится в египетском Законе о наследовании 1943 г. в статье, касающейся ограничений в наследовании, применяющихся к немусульманам. Согласно ханафитскому праву, между двумя немусульманами не существует никаких наследственных прав, когда один является гражданином мусульманского государства, а другой – немусульманского, тогда как в маликитском праве подобное различие по месту проживания не ведет к каким-либо ограничениям при наследовании. Согласно египетскому Закону, подобное различие по месту жительства не ведет к ограничению, если законы соответствующего немусульманского государства разрешают взаимное признание законов, и является

¹¹⁹ Сабинианцы (лат. *sabiniani*) или кассианцы (лат. *cassiani*) – представители древнеримской юридической школы I века н. э., основанной Гаем Атеем Капитоном, но называемой по именам её наиболее выдающихся руководителей: Мазурия Сабина и Кассия Лонгина, ученика Сабина (прим. пер.).

¹²⁰ Прокуляянцы (прокулианцы, прокуланы) (лат. *proculiani*) – школа римских юристов I века н. э., основателем которой считается Лабенон (прим. пер.).

ограничением, если не разрешают. Казалось бы разумным классифицировать подобные нормы как начальную точку истинного *талфика*. В ранее упомянутых примерах граница между действием норм одной и норм другой школы четко очерчена, хотя в последнем случае взгляды двух школ тесно соединены, в соответствии с нормами об оговорках, в единую правовую норму ограниченного диапазона.

Однако в своей крайней форме *талфик* далеко выходит за сферу срединных и компромиссных решений. В аналогичном вопросе наследования между мусульманами египетское право (при наличии условия о взаимности) позволит иудею, проживающему в немусульманском государстве, наследовать после своего родственника-христианина, проживающего в мусульманском государстве. Это не было бы возможно по ханафитскому праву из-за разного местожительства двух родственников, и не было бы возможно по маликитскому праву, в котором различие в вероисповеданиях между родственниками-немусульманами устанавливает ограничение при наследовании. Таким образом, хотя реформаторы могли обращаться к поддержке маликитов при утверждении, что различие в вероисповедании не порождает никаких ограничений, сочетание двух взглядов приводит к норме, не имеющей обоснования ни в одной из суннитских школ.

Особенно сложный пример этой крайней формы *талфика* обнаруживается в египетском Законе о вакфах 1946 г. Широко распространенное недовольство системой учреждений *вакфа* сделало реформу традиционного права крайне желательной. Экономисты осуждали изъятие на неопределенный срок значительного количества недвижимого имущества, которое находится на условиях «владения без права передачи», и таким образом исключается из предпринимательской деятельности. Моралисты яростно выступали против недостатков системы, которая позволяет человеку лишать своих законных наследников прав при помощи простого способа в

виде провозглашения всего своего имущества *вакфом*, сохраняя пользование за ним за собой на протяжении своей жизни и исключая получение выгоды всеми членами семьи сразу или теми, кого он мог выбрать. Для исправления двух этих принципиальных недостатков в Законе 1946 г., во-первых, признано, что все такие *вакфы*, за исключением тех, которые направлены на исключительно религиозные цели, могут учреждаться на максимальный период в 60 лет или на период жизни двух следующих друг за другом выгодополучателей, какой бы период ни был меньше. Во-вторых, все законные наследники учредителя *вакфа* должны после его смерти обладать «обязательным правом» в *вакфе*, равным их наследственным правам, были ли законные наследники прямо указаны как выгодополучатели или нет. Ограничение периода *вакфа* формально основывалось на маликитской доктрине, которая позволяет учреждение временных *вакфов*, подкрепляемой принципом о том, что правитель обладает правом давать указания по соблюдению чего-либо, разрешенного по шариату; хотя правило об «обязательном праве» основывалось на взглядах захирита Ибн-Хазма и некоторых ханбалитских юристов, которые рассматривали исключение из числа выгодополучателей некоторых наследников учредителем *вакфа* как «деспотическое» и считали, что в таких случаях исключенные наследники должны быть признаны обладающими долей в *вакфе*.

В отношении *вакфа*, в котором выгодополучатели обладают «обязательным правом», и деятельность которого прекращается в соответствии с нормами египетского Закона, возникает особый пример *талфика*. Статья 17 закрепляет, что в подобных обстоятельствах «имущество, более не относящееся к *вакфу*, должно принадлежать учредителю, если он жив. Если же он мертв, оно должно принадлежать выгодополучателям». Исходя из простых социальных и моральных оснований – особенно в свете защиты интересов наследников

учредителя – справедливость данного условия находится вне дискуссии. Но утверждение, что в основе его юридической базы традиционные основания, слишком шатко. Очевидно, главным в данном вопросе является право собственности над *вакфным* имуществом, поскольку это определяет его последующее возвращение при ликвидации *вакфа*. Конечно, согласно маликитскому праву право собственности оставалось за учредителем, тогда как согласно ханбалитскому – переходило к выгодополучателям. Следовательно, египетский Закон может быть представлен как сочетание двух этих мнений, обуславливающее применение маликитского правила в случае, когда учредитель жив, и ханбалитского – в случае его смерти. Несмотря на то, что это различие, влияющее на осуществление соответствующих доктрин, условно имеет место, ошибочность утверждения традиционной власти доказывает тот факт, что ханбалиты полностью отрицали законность временного *вакфа* и, следовательно, никогда не рассматривали право собственности выгодополучателей как нечто реальное.

В случаях, когда традиционные авторитетные источники подвергались подобным манипуляциям для создания требуемой нормы, любые заявления о том, что этот процесс образовывал *таклид*, стали не более чем тонкой вуалью притворства, формальным и искусственным дополнением к установленным принципам юриспруденции. Эти заявления маскировали реальную попытку видоизменить нормы права, чтобы они отвечали нуждам общества. Эта новая позиция современной исламской юриспруденции, которая, конечно, является полной противоположностью классическому подходу, что единственные законные стандарты для общества установлены правом, была с самого начала неотъемлемой частью процесса реформ. *Тахайюр* был, в сущности, отбором мнений на основе их соответствия современным условиям. Постепенно в разъяснительных меморандумах, сопровождавших кодификацию шариата, возрастающее значение было

придано практическим и социальным соображениям. Обзор большого количества различных взглядов, которые повлек за собой метод *тахайюра*, принес растущее осознание субъективности человеческой природы большей части традиционной шариатской доктрины. И обоснованность тезиса о том, что юридические рассуждения средневековых ученых были обязательными для современных поколений, естественно начинает ставиться под сомнение. Традиционные принципы в отношении определенных проблем теперь представлялись существенной преградой на пути дальнейшего прогресса, к которому стремился модернизм. *Таклид* стал по большей части вымыслом. Как и другие правовые фикции в истории, он отслужил переходным инструментом. И когда потенциал таклида оказался исчерпанным, современная юриспруденция неизбежно перешла к более честному и открытому признанию вдохновлявших ее реальных целей.

Глава 14

Новый иджтихад

Уже в 1898 г. великий египетский юрист Мухаммад Абдо отстаивал необходимость переосмысления принципов, содержащихся в божественном откровении, как основу для правовых реформ, и такие ученые, как Икбаль в Индии, преследуя ту же цель, утверждали, что осуществление *иджтихада* или независимого суждения была не только правом, но также и обязанностью нынешних поколений, если ислам собирался успешно адаптироваться к современному миру. Данный тезис, иллюстрирующий полный разрыв с правовой традицией прошедших десяти веков, естественно породил ожесточенный спор. Его противники считали, что как положение, противоречащее доктрине «закрытия дверей *иджтихада*», установленной при помощи непогрешимой *иджмы* (согласие общины), оно было равносильно ереси, хотя его сторонники

отвечали тем, что отрицали либо существование, либо обязательную природу такого заявляемого консенсуса. В последнем взгляде многое привлекает. Кроме признания того факта, что прекращение *иджтихада* объясняется как неизбежный результат исторического развития шариатского права, согласия по данному вопросу никогда не существовало. В действительности ханбалиты последовательно поддерживали идею невозможности настоящего общего согласия после поколения современников Пророка – на основании того, что консенсус перестал обладать авторитетом для отдельного квалифицированного юриста. В XIV в. ханбалитский ученый Ибн-Таймия сам заявил о теоретическом праве на *иджтихад*¹²¹. Более того, случаи и авторитет иджмы были заложены классической мусульманской юриспруденцией, а недвусмысленным диктатом божественного откровения, так что могло вполне оказаться, что самопровозглашенное человеческое право присвоило законодательный суверенитет, принадлежавший только Аллаху.

Однако в действительности теоретический диспут касательно обладания или необладания правом на *иджтихад* был второстепенным по отношению к реально существующей проблеме, которая находилась на острие конфликта между консервативными и прогрессивными мнениями. Те, кто считал установленное право проявлением идеального порядка вещей, придерживались теории *таклида*, тогда как те, кто искал реформ, выступали за легитимизацию *иджтихада* как последнего средства изменения правовых норм, основанных на авторитете средневековых учебников. Коротко говоря, фундаментальный вопрос заключался скорее в том, должно ли право реформироваться, чем в том, могло ли оно реформироваться. Тем не менее, современное законодательство из-за затрагиваемых принципов и силы традиционалистской позиции только в последнее десятилетие на практике приме-

¹²¹ Но сравните: H. Laoust, *Essai sur les doctrines ... de Ibn Taimiya* (Cairo, 1939), 228.

нило доктрину о том, что толкования юристов классического периода могут полностью не приниматься во внимание и что Коран и достоверные поступки Пророка (*сунна*) могут быть истолкованы заново в свете современных условий.

До открытого и явного признания *иджтихада* юридической основой реформ был осуществлен ряд изменений, которые соединили традиционные основы права с совершенно новыми предписаниями и тем самым представили среднюю позицию между *таклидом* и *иджтихадом*. Заимствуя обычное средство правовых аналитиков в подобных обстоятельствах, мы можем классифицировать этот вид реформ как *квази-иджтихад* и рассматривать в качестве его примера правило об «обязательных посмертных дарах», введенное в египетском Законе о завещательных распоряжениях 1946 г.

Наследование по праву представления, как принцип наследования при отсутствии завещания, не получило особого признания у традиционной мусульманской юриспруденции. Шафиитское и ханбалитское право допускало применение этого принципа в ограниченной сфере наследования родственниками по материнской линии, где родственники, согласно теории, известной как *танзил*, занимали место наследников умершего первой очереди (коранические наследники или *асаба*), через которых они были связаны с умершим и соответственно обладали правом на наследство. К примеру, ребенок дочери наследовал в качестве дочери, а бабушка по материнской линии – в качестве матери умершего.

По отношению к этому же классу наследников ханафитское право установило систему приоритетов, подобную той, что применялась к родственникам по отцовской линии. Но в случае, когда существовал ряд заявителей, обладавших правом на наследство благодаря принадлежности к тому же классу или равной степени родства, два ханафитских юриста, Абу Юсуф и аш-Шайбани, высказывали разное мнение о принципах, определяющих фактический размер имущества, который по-

лучил бы каждый из заявителей. Абу Юсуф считал, что распределение наследства должно осуществляться *per capita*¹²² (т.е. принимая во внимание только фактических заявителей), тогда как аш-Шайбани полагал, что распределение имущества должно осуществляться *per stirpes*¹²³ (т.е. принимая во внимание промежуточные «корни» или узы, через которые заявители были связаны с умершим). Один из самых простых примеров различных последствий этих двух различных принципов – когда правнук умершего заявляет права на наследство. В этом случае уместно применить фундаментальное правило наследования о том, что родственник мужского пола получает вдвое больше родственника женского пола соответствующей последовательности и степени родства. Таким образом, распределяя наследство между правнуком X, ребенком дочери умершего, и правнучкой Y, ребенком дочери сына умершего, Абу Юсуф бы выделил две трети имущества X и треть – Y, Аш-Шайбани, с другой стороны, применил бы правило о двойной доле мужчины по отношению к *stirpes* (или родителям) заявителей, чья теоретическая доля перешла бы к их соответствующему потомству, так что результат был бы полной противоположностью результату, полученному Абу Юсуфом.

Этот вид частичного наследования по праву представления, который определяет не простой факт обладания правом, а только полученный размер доли, фактически применяется во всей шиитской системе наследования при отсутствии завещания. Однако, кроме данного ограниченного применения, наследование по представлению исключено, конечно, в отношении первых групп наследников, при помощи общего для всех школ основного правила об исключении ближайшим по

¹²² Лат. «на душу», «на человека» (прим. пер.).

¹²³ Лат. «в порядке представления». Метод разделения наследства, согласно которому потомки скончавшегося наследника совместно получают причитающуюся ему долю (прим. пер.).

родству более дальнего родственника. В частности, осиротевшие внуки полностью исключаются из любых прав на наследование пережившим сыном умершего.

Этот последний результат отсутствия наследования по праву представления считался серьезным недостатком традиционного права, и египетские реформаторы начали исправлять его при помощи системы обязательных завещаний. По закону 1946 г. осиротевшие внуки умершего обладают правом, несмотря на наличие пережившего ребенка умершего, получить доли своего родителя, которые были бы получены, если бы родитель был жив, при условии, что такая доля при необходимости должна быть уменьшена до трети чистой недвижимости (установленное ограничение на завещательные распоряжения), и внуки не получили такое количество имущества посредством подарков *inter vivos*¹²⁴ от наследодателя или фактическим посмертным даром. Такая же система была принята Сирией в 1953 г., Тунисом в 1957 г. и Марокко в 1958 г., хотя согласно сирийскому и марокканскому законам правило применяется только к детям умершего сына, но не к детям умершей дочери.

То, что эта реформа по существу затрагивает вопрос наследования при отсутствии завещания, становится совершенно ясно из ее общей природы и из особого правила о том, что в случае, когда ряд внуков обладает подобным правом наследования, мужчина получает двойную долю по сравнению с женщиной, так как стандартным принципом завещания является получение отдельными наследниками основной группы равных долей вне зависимости от пола. Однако реформаторы использовали механизм завещаний потому, что он позволял обеспечить здоровую юридическую основу их намерениям и целям. Во-первых, некоторые юристы не согласились с общепризнанным мнением о том, что более поздние правила наследования при отсутствии завещания отменя-

¹²⁴ Лат. «при жизни» (прим. пер.).

ли коранический запрет на составление завещаний в пользу ближайших родственников. Сам аш-Шафии полагал, что составлять завещание в пользу ближайших родственников, не являвшихся законными наследниками, было достойным похвалы (*мандуб*) с моральной точки зрения, тогда как захирит Ибн-Хазм считал это безусловно обязательным. Во-вторых, другие ученые раннего периода придерживались мнения о том, что подобная норма для нуждающихся родственников могла быть применена судами, если умерший не исполнил эту обязанность. С этими традиционными авторитетными мнениями реформаторы соединили свое собственное особое толкование духа коранических норм, указывая тех ближайших родственников умершего, которые должны были быть обеспечены наследством. Это изменение представляет собой один из наиболее удачных примеров правового модернизма. Цель – найти правило, подходящее к современным условиям, была достигнута без полного разрыва с традицией прошлого, так как права обязательных наследников, которые, конечно, никогда не смогут быть законными наследниками по их собственному праву, являются дополнительными и не противоречащими установленной системе наследования при отсутствии завещания.

Однако, в итоге был достигнут этап, когда ни одна из отдельных частей традиционных авторитетных источников вообще не могла обеспечить обоснование желаемых правил. На этом этапе реформаторы могли только заявлять о том, что их предложения основывались на новом, но по-прежнему правомерном толковании оригинальных источников шариатского права. Успех их реализации мог быть обусловлен современными правовыми нормами, затрагивающими те два столпа патриархальности, которые были непоколебимыми опорами исламского семейного права со времен Пророка – права мужа на многоженство и развод в одностороннем порядке.

Возможно, еще недавно существовала естественная тенденция преувеличивать трудности существования мусульманских жен, закованных в кандалы традиционного права. Хотя достаточное количество мусульманских жен могло быть несчастными на практике, это часто было не столько прямым следствием норм права как таковых, а виной общества. Обычная изоляция женщин и в особенности недостаток образовательных возможностей, оставляли их в неведении о своих законных правах и неспособными настаивать на соответствующем использовании механизма защиты, предоставленного им законом. Чтобы противодействовать праву мужа на многоженство, ханбалитское право, как мы видели, рассматривало условия брачного договора, направленные против второго брака, как обеспечиваемые законом, тогда как маликитская концепция «ущерба» (*дарар*) была достаточно широкой, чтобы позволить настойчивой жене получить судебный развод в случае повторной женитьбы своего мужа. В частности, все школы одобрили законность двух институтов: «приостановленного развода» (*талик ат-талак*) и «делегированного развода» (*тафвид ат-талак*). Таким образом, мужа могли убедить либо заявить о том, что развод станет окончательным при наступлении какого-либо случая, которого жена хотела избежать, или делегировать, полностью или с условием, свое право на прекращение брака кому-либо из близких родственников жены (или, по мнению некоторых юристов, даже самой жене), так что это право могло быть осуществлено, если возникали обстоятельства, неблагоприятные для жены. Следующим средством, предлагаемым правом для охраны положения жены, была отсроченная уплата приданого. Выплата части приданого могла быть приостановлена соглашением сторон до момента расторжения брака, и если оговоренный таким образом размер приданого был достаточно высок, оно, очевидно, послужило бы эффективным тормозом для своеговольного осуществления мужем права на развод.

Тем не менее, несмотря на то, что положение жены находилось в сфере активного интереса исламского права, установленные права мужа не могли быть урезаны без его добровольного согласия. Посредством реформ административных норм и принципа *тахайюра* на Среднем Востоке удалось устранить некоторые из наиболее деспотических черт ханафитского права. Но права мужа на многоженство и развод сохранились, и как бы социальные и экономические факторы ни ограничивали их применение, одного их существования в законодательстве было достаточно для установления существенного препятствия реальной эмансипации женщины.

Первые попытки выправить ситуацию при помощи *иджтихада* были предприняты в сирийском Законе о личном статусе 1953 г. В Пояснительном Меморандуме к этому Закону говорилось, что Коран предписывал мужьям брать дополнительных жен только в случае, если они могли надлежащим образом содержать их в финансовом плане. Подобное толкование было дано кораническому «стиху о многоженстве» многими юристами, включая аш-Шафии, но всегда объяснялось по существу как моральное побуждение, рассчитанное на совесть мужа – хотя очевидно, что вторая жена, которая не получала соответствующего материального содержания, могла заявить о прекращении брака в судебном порядке, по крайней мере, в маликитском праве. Однако сирийские реформаторы считали, что это постановление Корана должно рассматриваться как случай положительного правового условия для осуществления многоженства и должно применяться как таковое судами «на основании принципа о том, что двери, которые ведут к нарушению прав, должны быть закрыты». Это новое толкование затем было соединено с обычным административным правилом, которое требовало надлежащей регистрации браков после получения разрешения суда на заключение брака. Статья 17 Закона соответственно постановляет: «*Кадий* может отказать в выдаче уже женатому

мужчине разрешения на вступление в брак со второй женой в случае, когда установлено, что он не имеет возможности содержать их обеих». Однако брак со второй женой, заключенный в нарушение данного условия, не будет незаконным. Но стороны будут нести установленные законом наказания, и суды не признают возможность предоставления такому браку судебной защиты, если только в этом браке не были рождены дети или жена явно не беременна.

Что касается развода (*талак*), который правильно рассматривался как причина гораздо большего ущерба статусу женщины, чем многоженство, то сирийский Закон закрепил следующее нововведение: жена, разведенная несправедливо, могла получить компенсацию от своего бывшего мужа в размере, не превышающем годового содержания. Эта реформа представляла собой претворение в жизнь духа тех стихов Корана, которые предписывали мужьям «предоставлять справедливое обеспечение» разведенным женам и «обращаться с женами с добротой или отпускать их с уважением». Но эти стихи традиционной юриспруденцией по большей части рассматривались как моральные, а не правовые предписания. Ограниченный практический результат им был дан теми юристами, которые рассматривали условие о маленьком утешительном подарке (*мута*) для разведенных жен как обязательное для мужа. Но ханафиты полагали, что *мута* должна была выплачиваться только тогда, когда при заключении брака не был оговорен размер приданого и развод был осуществлен до начала брачных отношений. В любом случае сирийский Закон определенно является первым примером, когда мотивы мужа при совершении развода становятся предметом разбирательства суда, который затем может наказать его за злоупотребление своим правом.

Может показаться, что условие о материальном содержании в течение года является небольшой компенсацией за односторонний и полностью несправедливый развод. И нор-

мы Закона в реальности представляют собой нечто разочаровывающее после громогласной преамбулы о необходимости занять новую позицию по отношению к законам о разводе и исправить ужасное отсутствие безопасности в брачной жизни. Точно также можно заявить, что нормы, касающиеся многоженства, всего лишь сделали эту практику привилегией богатых. Тем не менее, вполне естественно, что первые шаги реформаторов в новом направлении были пробными и даже нерешительными. В любом случае настоящее значение сирийских правовых норм не в их конкретных условиях, а в юридической основе. Впервые независимая оценка коранических принципов привела к отступлению от толкований, освященных тринадцатью веками правовой традиции.

Приоткрытая таким образом «дверь *иджтихада*» была распахнута тунисским Законом о личном статусе 1957 г. Следуя доводам, выдвинутым Мухаммадом Абдо более чем за пятьдесят лет до этого, тунисские реформаторы обратили внимание, что, в дополнение к финансовой возможности мужа содержать несколько жен, Коран также требовал, чтобы к женам относились с полной беспристрастностью. Это требование Корана также должно было толковаться не только как моральное наставление, но как прецедент правового условия многоженства, в смысле того, что второй брак не должен допускаться до тех пор, пока не приводилось доказательство того, что с женами в действительности будут обращаться беспристрастно. Но в современных социальных и экономических условиях, заявляли реформаторы, такое беспристрастное обращение фактически невозможно. Словом, существовала презумпция права, что существенное условие для многоженства невозможно выполнить. Таким образом, многоженство было прямо запрещено.

Возможно, в отличие от предшествующего сирийского Закона, тунисский *иджтихад* был даже более радикален в отношении развода, когда реформа вновь основывалась на

взглядах Мухаммада Абдо. В случае «разногласия» между супругами Коран велит назначить арбитров – условие, которое до этого нашло практическое применение только в маликитской процедуре, регулирующей предъявляемые женой обвинения мужа в жестокости. Тем не менее, вопрошали реформаторы, что является более очевидным примером «разногласия» между супругами, чем заявление о разводе, предъявленное мужем? И кто лучше квалифицирован для осуществления необходимой функции арбитража, чем официальный суд? Следовательно, на этом основании право мужа на внесудебный развод со своей женой было отменено, статья 30 Закона постановляет, что «развод вне законного суда не имеет юридической силы». Хотя суд не может отказать в расторжении брака, если муж настаивает на разводе, две черты Закона особенно привлекают внимание. Во-первых, суд обладает неограниченной властью по предоставлению жене компенсации любого ущерба, который она понесла вследствие развода. И, во-вторых, к супругам в этом отношении относятся на равных основаниях. Поскольку жена также имеет право настаивать на расторжении договора без предъявления каких-либо особых оснований, в этом случае суд обладает правом в соответствующих обстоятельствах присудить компенсацию мужу. В этом отношении примечательно, что алжирский Ордонанс 1959 г., который следовал тунисскому закону в отнесении всех разводов к компетенции суда, очевидно, имеет цель установить, что постановление о разводе должно предоставляться мужу по его простому обращению, однако жене постановление предоставляется, только если она подтвердит существование соответствующих оснований для развода¹²⁵.

Таким образом, переосмысление Корана привело в Тунисе к реформам едва ли не менее радикальным, чем реформы,

¹²⁵ См. Roussier, «L'Ordonnance du 4 février 1959 sur le mariage et le divorce des Français de statut local algérien», Recueil Sirey (April 1959), Chronique.

осуществленные в Турции принятием Гражданского кодекса Швейцарии за тридцать лет до этого. В то же время *иджти-хад* все еще является скорее исключением, чем правилом в арабском мире, и к нему прибегают только в случае, когда желаемые реформы не могут быть осуществлены при формальном соблюдении доктрины *таклида*. Последние кодификации шариатского права свидетельствуют, что исламское общество на Ближнем и Среднем Востоке в массе своей не готово к радикальному подходу Туниса, по крайней мере, в отношении к двум главным вопросам: о многоженстве и разводе. В марокканском кодексе 1958 г. провозглашен запрет многоженства в случае, когда существует малейшее опасение в неравного обращения. Но поскольку суды могут вмешиваться только постфактум и предоставить развод, Закон не выходит за рамки ортодоксальной маликитской практики. Среди реформ, введенных Кодексом, существует компенсация для жены в случаях развода, наносящего ей ущерб, однако внесудебный развод остается совершенно законным и имеющим юридическую силу. Согласно иракскому Закону о личном статусе 1959 г., *кадий* не даст согласия на второй брак, если только не будет убежден, во-первых, в том, что муж в финансовом отношении способен содержать еще одну жену или жен; во-вторых, в том, «что существует некоторая правомерная выгода»; и, в-третьих, в том, что нет опасности неравного обращения. В иракском Кодексе нет норм о компенсации в случае нанесения ущерба в результате развода, но от мужа, желающего развестись со своей женой, требуется получение постановления суда для развода.

Пакистанский Ордонанс о мусульманских семейных законах 1961 г. – один из самых недавних примеров современного законодательства в исламе. Это короткое постановление из тринадцати статей представляет собой результат работы Комиссии, которая была учреждена в 1955 г. для рассмотрения возможных реформ семейного права. Из опубликованно-

го одним из членов Комиссии комментария следует, что в тот период предлагаемое Комиссией было достаточно радикально для того, чтобы спровоцировать острые противоречия. Но, в сравнении с недавним законодательством Среднего Востока, реформы, фактически содержащиеся в Ордонансе, выглядят определенно умеренными, в особенности потому, что рекомендации Комиссии были приняты только частично.

Арбитражные советы, состоящие из независимого председателя и представителей каждой из сторон, должны формироваться согласно положениям Ордонанса для того, чтобы решать два главных вопроса: о многоженстве и разводе. Мужчине, уже имеющему жену, для вступления во второй брак требуется письменное разрешение Арбитражного Совета, и оно выдается только если совет «удовлетворен тем, что предложенный брак необходим и справедлив». Согласие или несогласие первой жены будет влиять на признание второго брака «необходимым и справедливым», но такие факторы, как ее неспособность к деторождению, физическая немощь или сумасшествие тоже будут приниматься в расчет. Отсутствие разрешения Совета до заключения полигамного брака не превращает такой брак в незаконный, но влечет за собой три санкции. Муж может быть подвергнут тюремному заключению сроком до одного года либо выплате штрафа в размере до 5 000 рупий, либо обеим этим санкциям. Он обязан немедленно выплатить все приданое своей жене или женам, даже тогда, когда выплата части приданого была специально отсрочена до прекращения брака. И, в заключение, жена обладает правом расторжения своего брака – закрепляющая это норма добавлена Ордонансом в Закон о расторжении мусульманских браков 1939 г.

Согласно рекомендациям Комиссии 1955 г. развод по инициативе мужа (*талак*) не должен иметь юридическую силу без разрешения суда, и такое разрешение должно выдаваться только тогда, когда предложены подходящие условия мате-

риального содержания жены. Однако Ордонанс всего лишь требует от мужа, под угрозой установленных законом наказаний, подачи письменного уведомления о произведенном им разводе Председателю Арбитражного Совета и своей жене. После передачи такого уведомления начинается период в девяносто дней, после которого, при безуспешности попыток примирения, развод вступит в силу. Эта процедура применяется после произнесения слов о разводе «в любой форме», недействительным становится немедленное вступление в силу различных видов необратимого развода, известных традиционному шариатскому праву. Однако, хотя последнее правило является значительным шагом вперед, Ордонанс фактически сохранил неизменным право мужа на односторонний развод по своему усмотрению.

В отличие от мусульманских стран Среднего Востока, Пакистан не предпринимал какой-либо всесторонней кодификации исламского права, но, согласно английской традиции, только дополнил существующее право. Более того, из рассуждений Комиссии 1955 г. и из положений Ордонанса очевидно, что *иджтихад*, на котором якобы базируются реформы, обладает совершенно иной природой, в отличие от сознательного переосмысления оригинальных источников, практикуемого реформаторами Среднего Востока. Какой бы «исламской» ни была система Арбитражных Советов, ее трудно признать сознательной попыткой исполнить коранические нормы, поскольку правила, касающиеся многоженства, обусловлены скорее желанием общества, чем кораническим предписанием о финансовой возможности и беспристрастном обращении. С тех пор, как произошло первое законодательное вмешательство в сферу шариатского права на индийском полуострове, проблемам юридического основания реформ не уделялось такого же внимания, как на Среднем Востоке. Таким образом, Ордонанс продолжает особую традицию англо-мухаммеданского права в манере, являющейся, несомненно, практиче-

ской и возможно лучше всего подходящей современному настроению и стремлению Пакистана.

Сектантские группы в исламе естественно стали объектом применения норм современного законодательства, которые принимались на националистической основе, хотя в не урегулированных вопросах сектантские группы продолжали руководствоваться собственными системами частного права. Так произошло, к примеру, с итна-ашаритами и исмаилитами на индийском полуострове, джафаритским шиитским населением Ирака и ибадитами в Алжире. Но там, где сектантские общины автономны – по крайней мере, в вопросах личного статуса – правовая реформа теоретически является меньшей проблемой, чем в суннитском исламе, так как секты в целом никогда не признавали доктрину *таклида* в ее суннитской форме. Однако, хотя зайдиты в Йемене или ибадитская община в Занзибаре пока еще не ощутили реального стимула для реформ, то в Иране, оплоте итна-ашаритской веры, применяемый в настоящее время Гражданский кодекс не только в значительной степени сохраняет традиционное семейное право, но и включает такие особенности, как запрет детских браков и принудительная регистрация браков. Эти особенности теперь могут быть названы общим правом ислама.

Недавние законы, затрагивающие исмаилитские общины за пределами Индии, представляют собой резкий контраст с реформаторскими процессами в суннитском исламе, так как внесенные радикальные изменения просто основываются на высшей законодательной власти имама Ага Хана. Таким образом, запрет на вступление в брак ранее восемнадцати лет для мальчиков и шестнадцати для девочек, содержащийся в Нормах и Правилах Исмаилитских Советов Его Высочества Ага Хана в Африке, не требует какого-либо иного юридического основания, кроме воли имама. Запрет, естественно, вытеснил закон, применявшийся до этого к исмаилитам в Восточной Африке – момент, который не был полностью оценен

в недавнем решении Апелляционного суда по Восточной Африке¹²⁶. На этой же основе «Новая Конституция для шиитских имамитских исмаилитов в Африке» 1962 г. строго запрещает многоженство, разрешает развод только по постановлению Совета и, в отличие от всей исламской традиции, признает принцип легитимизации *per subsequens matrimonium*¹²⁷. В итоге можно отметить, что Закон о личном статусе для друзской общины Ливана, принятый в 1948 г., равным образом прямо запретил многоженство и провозгласил развод не имеющим юридической силы до его подтверждения постановлением *кадия* общины, которому было предоставлено право присуждать возмещение ущерба жене, разведенной без разумной причины¹²⁸.

Однако для суннитского ислама подобные радикальные реформы стали возможны только когда юриспруденция в итоге вышла из долгого периода внутреннего конфликта для того, чтобы объявить себя благоприятствующей *иджтихаду*, по крайней мере, в делах, в которых это считалось необходимым для осуществления требуемой реформы. Строгие теоретики могут протестовать (и в действительности протестуют) против деятельности реформаторов на основании того, что толкование божественных текстов должно быть объективным, тогда как так называемый современный «*иджтихад*» является чем-то большим, чем извлечением из божественных текстов отдельных толкований, которые согласуются с заранее установленными, субъективно определенными стандартами. Тем не менее, история показывает, что в период образования исламской юриспруденции текущие социальные условия оказали на нее доминирующее влияние, и чего бы классическая

¹²⁶ См. Anderson, «Muslim Marriages and the Courts in East Africa», *Journal of African Law*, I, №1 (1957).

¹²⁷ Лат. «через последующий брак». Узаконение незаконнорожденного ребенка последующим браком его родителей (прим. пер.).

¹²⁸ См. Anderson, «The Personal Law of the Druze Community», *The World of Islam*, II, (1952), 83 f.

теория права не придерживалась, юристы раннего периода фактически толковали Коран в свете этих условий. С этой точки зрения современные юристы могли бы заявить не только о следовании примеру своих предшественников, но также и о его совершенствовании. По меньшей мере, спорным является то, что традиционная юриспруденция преуменьшала цели Корана, отнеся к категории моральных предписаний многие из его норм, касающихся обращения с женщинами. Современные реформаторы, с другой стороны, сделали значительный упор на этот вид коранических заповедей, как и на некоторые заявления, приписываемые Пророку, например: «Из всех допустимых вещей развод (*талак*) является самым отвратительным». И, следовательно, можно утверждать, что создан новый синтез права и морали, который более правильно воплощает дух божественных заповедей. Можно по-разному оценивать теоретическую основу и результаты современного *иджтихада*, однако он вдохнул жизнь в шариатское право. Эра *таклида* теперь предстает как затянувшийся мораторий исламской правовой истории. Стагнация уступила дорогу новой энергии и развитию.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Религиозное право и общественный прогресс в современном исламе

Если смотреть в будущее, то следует обратить внимание на две принципиальные черты модернистской правовой деятельности.

В первую очередь, настоящее, современное воплощение права основывается на поразительном различии юридических критериев, которые обусловлены различной степенью слияния двух основных факторов: практической необходимостью и религиозными принципами. На протяжении первого этапа правового модернизма эти два фактора привели к резкому противоречию в праве. В сфере уголовного права и гражданских сделок было в основном прямо заимствовано западное право, тогда как традиционная шариатская доктрина продолжила регулировать сферу личного статуса. Однако последние тенденции говорят о намерении ликвидировать это разделение. В гражданском праве большее ударение было сделано на религиозные принципы. Слияние иностранных и исламских элементов является выдающейся чертой Гражданского кодекса Ирака, принятого в 1953 г. Многие из его норм были извлечены из ханафитской кодификации *Маджалла* и из традиционных шариатских текстов, тогда как иные нормы по таким вопросам, как договоры страхования или алеаторные сделки¹²⁹, прямо основываются на европейских источниках. Со своей стороны, на семейное право все больше влияли западные стандарты и ценности, и именно это обуславлива-

¹²⁹ От лат. *aleator* – азартный игрок. В гражданском праве рискованные договоры, исполнение которых зависит от обстоятельств, не известных сторонам при заключении договора (например, договор купли-продажи дома на условиях пожизненного содержания продавца; сделки, связанные с азартными играми; пари, лотерея и др.) (прим. пер.).

ет особую сложность его юридической основы. Право, в его нынешнем виде в рамках любого отдельного современного кодекса, является смесью традиционных и новых элементов, новые элементы являются иногда результатом манипулирования установленными принципами, иногда свежим толкованием оригинальных источников, иногда честным признанием потребностей времени.

Только экономические основания приводились для оправдания полного запрета семейных дарственных по традиционной *вакуфной* системе в Сирии в 1949 г. и в Египте тремя годами позже, тогда как общественная необходимость провозглашалась основой некоторых недавних реформ в традиционно наименее уязвимой сфере шариата – наследственном праве. В 1945 г. судебный циркуляр в Судане позволил осуществлять дарение в пользу наследников по закону в пределах установленного ограничения в размере трети от наследственного имущества, оставшегося после выплаты долгов и иных обязательных платежей. Циркуляр прямо заявил, что причиной этой реформы являлась нужда завещателей в дополнительном обеспечении менее удачливых наследников. В действительности итна-ашаритское право всегда придерживалось того, что посмертные дары законным наследникам допустимы на основании, что хадис «нельзя дарить в пользу наследника» должен либо читаться с дополнительными словами «кроме как в пределах разрешенной трети», или должен толковаться не как запрет на такие подарки, а как их дальнейшая необязательность. В египетском Законе о завещательных распоряжениях 1946 г., воплотившем такую же реформу, была сделана завуалированная и косвенная отсылка к итна-ашаритскому мнению. Но для суннитского общества прямое признание взглядов неортодоксальной секты не могло быть подходящей юридической основой для реформы. И не удивительно, что законность посмертного дара законным наследникам, противоречащая общему мнению традиционных

суннитских авторитетных источников, сама по себе не была признана ни одной мусульманской страной, кроме Ирака, где признание правила обусловлено тем, что, по крайней мере, половина населения является шиитами.

Еще более радикальное отклонение от традиционного права наследования содержится в Законе Туниса 1959 г., который предусматривает, что любой потомок умершего по прямой линии, мужского или женского пола, исключает боковых родственников умершего от наследования по закону, так как по агнатической системе традиционного суннитского права братья умершего, при отсутствии каких-либо других переживших предков или потомков мужского пола, являются первыми наследниками имущества за вычетом долгов и налогов. В действительности, с некоторой натяжкой можно бы было утверждать, что эта норма претворяла общий дух коранического законодательства, поскольку одним из главных направлений реформ, осуществленных Пророком, была замена более широкой социальной единицы – племени на индивидуальную семью. Эта цель по большей части была сведена на нет традиционным правом, по крайней мере, в наследовании, благодаря сохранению обычной племенной системы, которая давала больше прав родственникам мужского пола по отцовской линии. Но очевидно, что концепция семьи, состоящей из мужа, жены и их потомства, вдохновила тунисскую реформу. Однако не было сделано никаких попыток, предложить какое-либо иное обоснование закона, чем испытываемая обществом потребность. В итоге, на аналогичном основании пакистанский Ордонанс о мусульманских семейных законах 1961 г. прямо изменил традиционное право наследования, введя принцип полного представительства прямыми потомками умершего при наследовании без завещания. Таким образом, эта последняя реформа резко контрастирует с египетским методом решения похожей проблемы посредством системы обязательных посмертных даров, достаточно

убедительно нашедшей свое юридическое обоснование в традиционных источниках.

Если прямое признание потребностей общества, которое юриспруденция во многих отношениях одобрило, должно рассматриваться как современный *иджстихад*, то очевидно, что эта концепция *иджстихада* очень отличается от той, которую мы видели, к примеру, в отношении к многоженству и разводу, когда реформы основывались на особых толкованиях отдельных коранических предписаний. В итоге оказывается, что современная юриспруденция еще не выработала систематического подхода к проблеме адаптации традиционного права к обстоятельствам современного общества. Отсутствие последовательности в принципах или методологии привело к появлению духа юридического оппортунизма в процессе реформ.

Второй особенностью современного исламского права, важной для вопроса о потенциальном будущем развитии, является факт того, что многие из содержательных реформ в долгосрочной перспективе могут проявиться как временные решения для урегулирования отдельных проблем. Это не означает отрицание настоящей эффективности реформ в решении сиюминутных проблем в сферах, в которых они начаты. Но определенные нормы, такие, как частичные ограничения, установленные на многоженство и развод, неизбежно указывают направление, по которому должен следовать будущий прогресс, и они могут представлять лишь промежуточный этап развития общества по этому пути. В некоторых случаях новые нормы находятся в непростом сопоставлении с традиционным правом. К примеру, введение правила о наследовании по праву представления в Пакистане крайне разрушительно для хорошо сбалансированной системы приоритетов, установленной шариатом. Например, это означает, что внушка умершего (т.е. ребенок сына умершего) теперь будет исключать из наследования братьев умершего, тогда как

собственная дочь умершего не будет. В других случаях реформы, сами по себе далеко идущие, раскрывают основную проблему, которая еще должна быть решена. Ограничение многоженства и развода, например, явно имеет конечной целью равенство между полами. Однако в пределах структуры традиционного шариатского права эти институты выступают как производные от прав мужа, исходящие из основной концепции брака как договора продажи, в котором муж покупает право на половые отношения посредством уплаты приданого. Следовательно, если право должно вводить, теоретически и практически, какую-либо систему настоящего равенства между мужем и женой, по крайней мере, дискуссионным является то, что эта традиционная концепция, воплощенная в уплате приданого, должна быть вырвана с корнем. Неопределенность, которая еще окутывает главный конфликт между традиционализмом и модернизмом, раскрывается последними событиями в Ираке. В 1959 г. иракский Закон о личном статусе перенял совершенно новую систему наследования государственных земель, не имевшую ничего общего с традиционным шариатским правом, но заимствованную из османского законодательства, которое, в свою очередь, было вдохновлено германским. Цель этого постановления заключалась в унификации права на национальной основе, и поскольку различие между ханафитским и шиитским правом наследования было слишком глубоко укоренено для допущения компромисса, в качестве единственной была принята «нейтральная» система, которая удовлетворила бы и суннитскую, и шиитскую общины. Однако, законом от февраля 1963 г. эта система теперь отменена и заменена традиционным шиитским правом.

Следовательно, вместе с оппортунистским характером современного юридического метода, природа самих содержательных реформ придает современному исламскому праву оттенок мимолетности и нестабильности. В крепости тради-

ционного права была пробита брешь без возможности восстановления, но занявшая ее место сложная структура еще не основывается на том же прочном фундаменте, и ее содержание гораздо менее стабильно.

Возможно, в современных обстоятельствах это неизбежно, ибо создается впечатление, что история совершила полный цикл и столкнула ислам с ситуацией, удивительно похожей на ситуацию, периода Омейядов. Как и право мединской общины, рудиментарная система обычной практики, измененная основными кораническими заповедями, доказала свою полную неспособность соответствовать условиям новой политической империи, так и сегодня традиционное шариатское право распадается под воздействием западной цивилизации. Современные реформаторы, как и омейядские правители, смогли контролировать внезапный наплыв событий при помощи мер *ad hoc*, принятых исходя из политики прагматизма и целесообразности.

На протяжении VIII в. юриспруденция последовательно уменьшала бессистемный рост омейядской правовой практики и превратила мешанину образовывавших ее обычных, коранических и иностранных элементов в нормы исламской правовой системы. Таким образом, возникает вопрос о том, возьмет ли современная юриспруденция на себя такую же функцию, стремясь ассимилировать и «исламизировать» массу разнородного материала, составляющего текущую правовую практику. И, следуя признанному способу завершения исторических исследований, мы можем теперь кратко порассуждать о форме, которую такой процесс мог бы принять.

Принципиально (и это самый простой термин) проблема, стоящая перед лицом мусульманской юриспруденции сегодня, является той же проблемой, с которой она всегда сталкивалась и которая является наследственной по своей природе. Это проблема соотношения стандартов, наложенных религиозной верой, и мирских сил, активизирующих общество. В од-

ной крайности находится решение, принятое классической юриспруденцией – божественный правопорядок, в котором религиозные принципы были разработаны во всеохватную и жесткую систему обязанностей для того, чтобы сформировать исключительную детерминанту поведения общества. Другим крайним решением является секуляризм, перенятый Турцией, относящий религиозные принципы к сфере индивидуального сознания и позволяющий обществу осуществлять свободный контроль над формой права. Ни одно из этих решений недопустимо в современной мусульманской юриспруденции, так как если первое полностью нереалистично, то последнее – решительно неисламское. Таким образом, ответ, очевидно, лежит где-то между двумя этими крайностями – в концепции права как кодекса поведения, основывающегося на неизменных религиозных принципах, но которое, в пределах этих границ, не пренебрегает фактором изменения и позволяет принятие посторонних норм, которые могут оказаться более приемлемыми для современного мусульманского мнения, чем местная традиция.

Историческое исследование показывает, что в течение раннего периода ислама религиозные заповеди, содержащиеся в Коране, были постепенно поглощены существующим обычным правом и административной практикой империи Омейядов. Когда представители зарождающейся мусульманской юриспруденции стали систематизировать этот материал, они иногда делали это на основе широкого и свободного толкования в свете существующей практики применимых коранических заповедей – в основном применительно к вопросам семейного права. В других случаях они развивали коранические принципы с крайней строгостью, как, например, в доктрине о *риба*. В итоге это разрастание юридических толкований приняло искусственный характер, особенно из-за увеличения числа хадисов как проявлений божественного веления. Как часто предлагалось в последнее время, первой

задачей современной юриспруденции должно быть установление четких границ изначального ядра божественного откровения. За этим, вполне вероятно, последует переориентация позиции, принятой по отношению к хадисам, не только в отношении их достоверности, но также и их источника, если достоверность надлежащим образом установлена. Очевидно, что эти заповеди божественного откровения, как только их границы установлены, должны формировать неизменную основу любой системы права, которая претендует на то, чтобы быть выражением воли Аллаха.

Нельзя отрицать, что некоторые особые нормы Корана – такие, как нормы, приказывающие отрубать руку за воровство – создают проблемы в контексте современной жизни, для которой такое решение не является очевидным. Но в целом коранические заповеди являются по природе своей этически нормами – достаточно широкими, чтобы поддерживать современные правовые структуры и обеспечить возможность толкования, адекватного потребностям времени и места. Казалось бы, на этой основе исламская юриспруденция могла бы воплотить, в современном практическом выражении, свой фундаментальный и уникальный идеал жизненного пути, основанного на велении Аллаха. Юриспруденция, освобожденная от идеи религиозного права, выраженного в тоталитарных и бескомпромиссных терминах, рассмотрела бы к проблеме права и общества в ином свете. Вместо того, чтобы спрашивать себя (как это происходило в X в. и, в основном, происходит сегодня) о том, на какие уступки общественным потребностям должно пойти право, в обновленную теоретическую модель юриспруденции могло быть включено определение того, как именно религиозные принципы ограничивают общество.

Каким бы радикальным не был разрыв с традицией прошлого, заключающийся в подобном подходе, это, тем не менее, разрыв с особой конструкцией религиозного права, а не с

его сущностью. Во всяком случае, это кажется единственной реальной основой будущего развития и единственной альтернативой полному отходу от идеи права, основанного на религии. Право, чтобы быть живой силой, должно являться отражением духа общества. Дух же современного мусульманского общества не нашел отражения ни в секуляризме, ни в доктрине средневековых учебников.

СОКРАЩЕНИЯ

BSOAS: Bulletin of the School of Oriental and African Studies.

RSO: Rivista degli studi orientali.

ИЗБРАННАЯ БИБЛИОГРАФИЯ

Общие и вводные труды

1. The Encyclopaedia of Islam (First edition, four vols. and Supplement, Leiden, 1913-1942; Second edition, Vol. I, Leiden and London, 1960, continuing). Содержит многочисленные статьи по отдельным правовым темам. Библиографии, особенно по теме «шариат», содержат также сноски на немецкие и итальянские работы.
2. M. Gaudefroy-Demombynes, Muslim Institutions, London, 1950.
3. Sir Hamilton Gibb, Mohammedanism (Second edition), London, 1953.
4. G. E. Von Grunebaum, Medieval Islam, Chicago, 1953.
5. R. Levy, The Social Structure of Islam, Cambridge, 1957.
6. D. Santillana, «Law and Society», The Legacy of Islam (ed. Sir Thomas Arnold and A. Guillaume), London, 1931.
7. J.D. Pearson, Index Islamicus, 1906-1955, and Supplements, Cambridge, 1958. Классифицированный перечень статей в научных журналах. Отдельный раздел специально посвящен праву.
8. C. Brockelmann, Geschichte der arabischen Literatur (two vols. and three supplementary vols.); Leiden, 1937-1949. Содержит перечень всех известных рукописей и печатных изданий, написанных мусульманами, с указанием авторов.

Часть первая

1. Law in the Middle East (Vol. I, Origin and Development of Islamic Law), ed. M. Khadduri and H. J. Liebesny, Washington, 1955. Главы 2 и 3 предоставляют краткую историю исламского права, и, в особенности, о его раннем развитии, написанном первым ученым по данному пред-

- мету, Й. Шахтом. Французский вариант с аналогичным материалом представлен в *Esquisse d'une histoire du droit musulman*, Paris, 1952 того же автора. См. также его статью «The Law» в *Unity and Variety in Muslim Civilisation*, ed. G. E. von Grunebaum, Chicago, 1955.
2. J. Schacht, *The origins of Muhammadan Jurisprudence*, Oxford, 1950. Фундаментальная работа среди современных исследований по раннему развитию правовой теории.
 3. *Institutions du droit public musulman (Tome Premier: Le Califat)*, E. Tyan (Paris, 1954), 3-116, и *Kinship and Marriage in Early Arabia*, W. Robertson Smith (new ed. by S. A. Cook, 1903), рассматривает различные аспекты доисламского арабского обычного права.
 4. *Qur'anic Laws*, M. V. Merchant, Lahore, 1947 и *The Social Laws of the Qoran*, R. Roberts, London, 1925 – переводы и комментарии по кораническому законодательству.
 5. M. Khadduri, *Islamic Jurisprudence*, Baltimore, 1961. Перевод «Рисаля» аш-Шафии с введением, о роли и значении указанного труда и его автора в развитии исламской юриспруденции.

Часть вторая

(1) Правовая философия и классическая теория источников права

1. Abdur Rahim, *Muhammadan Jurisprudence*, Madras, 1911.
2. N. P. Aghnides, *Mohammedan Theories of Finance (Introduction on the classical legal theory)*, New York, 1916.
3. Kemal A. Faruki, *Islamic Jurisprudence*, Karachi, 1962.
4. S. Mahmassani, *Falsafat al-Tashri' fi al-Islām (The Philosophy of Jurisprudence in Islam)*, переведенная на английский язык Фархатом Дж. Зиадехом (Farhat J. Ziadeh, Leiden, 1961).
5. Snouck Hurgronje, *Selected Works*, edited in English and French by G. H. Bousquet and J. Schacht, Leiden, 1957.

(2) Материальное частное право

1. Abdur Rahman, *Institutes of Mussalman Law*, Calcutta, 1907.
2. Ameer Ali, *Mahommedan Law*, Calcutta, 1912.
3. N. B. E. Baillie, *Digest of Moohummudan Law*, Parts I and II, London, 1869-1975.
4. A. A. A. Fyzee, *Outlines of Muhammadan Law* (Second edition), London, 1955.
5. Четыре вышеуказанные работы в первую очередь затрагивают ханафитское и итна-ашаритское право, применяемое на индийском полуострове.
6. G. H. Bousquet, *Le Droit musulman*, в *Librairie Armand Colin series*, Paris, 1963. Небольшая книга, которая в основном затрагивает маликитское право в Северо-Западной Африке. Она включает главы о правовой теории и современных изменениях, а также краткую библиографию наиболее важных трудов французских ученых по исламскому праву.
7. I. Goldziher, *Vorlesungen über den Islam* (second edition), Heidelberg, 1925; французский перевод Ж. Арона (J. Aron) – *Le Dogme et la loi de l’Islam*, Paris, 1920.
8. C. Hamilton, *The Hedaya* (second edition, by S.C. Grady), London, 1870. Перевод на английский язык авторитетного средневекового учебника по ханафитскому праву. Также ханафитскому праву посвящено: J. Schacht, G. Bergsträsser’s *Grundzüge des islamischen Rechts*, Berlin, 1935.
9. L. Milliot, *Introduction à L’étude du droit musulman*, Paris, 1951. В первую очередь исследуется маликитское право, применяющееся в Северо-Западной Африке.
10. A. Querry, *Droit musulman*, Paris, 1871-1872. Учебник по итна-ашаритскому праву.
11. F.H. Ruxton, *Maliki Law*, London, 1916. Обобщение французских переводов авторитетного маликитского текста.

12. L.W.C. Van den Berg, Minhadj at-tālibin, Batavia, 1882-1884.
Аннотированный перевод авторитетного шафиитского
правового текста.

(3) Публичное право и правовое регулирование

1. E. Fagnan, Les Statuts gouvernementaux, Algiers, 1915.
Аннотированный перевод трактата аль-Маварди по
публичному праву.
2. H. Laoust, Le Traité de droit public d'Ibn Taimiya, Beirut,
1948.
3. E. Tyan, Histoire de l'organisation judiciaire en Pays d'Islam
(в 2-х томах), Paris, 1938-1943.
4. E. Tyan, Institutions du droit public musulman (в 2-х томах),
Paris, 1954-1956.

Часть третья

1. Правовой модернизм на Среднем Востоке впервые про-
анализирован Й. Шахтом (J. Schacht) в Der Islam, vol.
XX (1932), 209-236. Дж.Н.Д. Андерсон (J.N.D. Anderson)
детально задокументировал различные современные
кодификации шариата и его Islamic Law in the Modern
World, New York and London, 1959, представляет собой
лучшее введение в предмет. Библиография этой книги
содержит всеобъемлющий перечень статей по различ-
ным аспектам правового модернизма, к которому теперь
следует добавить:
2. J.N.D. Anderson, «Waqfs in East Africa», The Journal of Af-
rican Law, V, №3, 1959.
3. -, «The Modernisation of Islamic Law in the Sudan», The
Sudan Law Journal and Reports, 1960.
4. -, «A Law of Personal Status for Iraq», The International and
Comparative Law Quarterly, October 1960.
5. -, «Recent Reforms in Family Law in the Arab World»,
статья, представленная на Конференции Gesellschaft für
Rechtsvergleichung, 1963.

6. -, «Islamic Law in Africa: Problems of Today and Tomorrow», *Changing Law in Developing Countries*, London, 1963, 164-184.
7. N.J. Coulson, «Islamic Family Law: Progress in Pakistan», *Changing Law in Developing Countries*, London, 1963, 240-258.
8. J. Roussier, «Dispositions nouvelles dans le statut successoral en droit tunisien», *Studia Islamica*, Fasc. XII, 1960.
9. -, «Le Livre du testament dans le nouveau code tunisien du statut personnel», *Studia Islamica*, Fasc. XV, 1961.
10. -, «L'Application du Chra' au Maghrib en 1959», *The World of Islam*, VI, 1959, 25-56.
11. J. Schacht, «Islamic Law in Contemporary States», *American Journal of Comparative Law*, 1959, 133-147.
12. -, «Problems of Modern Islamic Legislation», *Studia Islamica*, Fasc. XII, 1960.
- 13.
14. J.N.D. Anderson, *Islamic Law in Africa*, London, 1954. Детальное исследование применения шариата на бывших британских колониальных территориях Африки южнее Сахары и в Протекторате Аден.
15. G.H. Bousquet, *Du droit musulman et de son application effective dans le monde*, Algiers, 1949. Общее исследование масштабов (по странам) применения шариата во всем мусульманском мире, за исключением Африки южнее Сахары.
16. I. Mahmud, *Muslim Law of Succession and Administration*, Karachi, 1958. Анализ отличий современной судебной практики на индийском полуострове от традиционного шариата в сфере регулирования имущества.
17. Count Leon Ostrorog, *The Angora Reform*, London, 1927. Оценка мотивов и последствий отказа Турции от шариата в 1920-х гг.

Н.Дж. Коулсон

ИСТОРИЯ ИСЛАМСКОГО ПРАВА

Подписано в печать с оригинал макета 13.12.2013

Формат 60×84 ¹/₁₆. Печать ризо.

г. Набережные Челны

ООО «Духовно-деловой центр «Ислам Нуры».