

О.В. ДАМАСКИН

Мусульманское право в современном мире

Рассматриваются основы мусульманского права, его сущность, потребности и возможности приспособления к современному миру и особенности современного права мусульманских стран.

Ключевые слова: ислам, шариат, коран, мусульманское право, право мусульманских стран.

Воплощение религиозно-этических начал в актах великих законодателей древности являлось отражением условий бытия того времени, естественных стремлений мыслителей к разумной организации отношений между людьми в интересах выживания и общинного сосуществования. При этом объективные и субъективные условия бытия разобщенных общин в различных географических, климатических природных зонах, постоянная борьба за выживание вели к разнообразию религий, часть из которых к настоящему времени обрели доминирующее положение.

Различные течения христианства, иудаизма, ислама и других религиозных направлений представляют собой важную идеологическую основу отношений между людьми в современном мировом сообществе, находящую отражение в различающихся правовых системах современности¹.

Значительное место в современном мире занимает мусульманское право, изучение которого представляется особенно важным в интересах взаимопонимания и сотрудничества народов в современных условиях глобализации и связанных с нею потребностей и возможностей мирного сосуществования.

Мусульманское право в отличие от различных иных правовых систем максимально связано с исламом, воплощая его догмы. Мусульманское право определяет обязательное религиозное поведение мусульман на основе шариата, как «пути следования».

Основу мусульманского права образуют Коран и Сунна, а также созданная теологами-правоведами обширная эволюционирующая доктрина

ДАМАСКИН Олег Валерьевич – доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации, профессор кафедры уголовно-правовых дисциплин Московского пограничного института ФСБ России

¹ Давид Рене, Жоффри-Спинози Камилла. Основные правовые системы современности. М.: «Международные отношения». 1997.

на². В исламе доминирует концепция теократического общества, в котором государство исполняет роль служителя установленной религии.

Мусульманские юристы и теологи разработали, исходя из Корана и Сунны, систему детализированного догматического права как права идеального общества, которое установится во всем мире и будет полностью подчинено исламу. Ислам по своей сущности, как и иудаизм, является религией закона. Мусульманское право – это «квинтэссенция настоящего мусульманского духа, наиболее ясное выражение мусульманской идеологии, главное звено ислама»³.

Наука мусульманского права представляет собой доктринальное изложение мусульманских законов и имеет два раздела. В первом рассматриваются источники комплекса правил, составляющих шариат, божественный закон. Во втором изучается содержание, решения, которые содержат нормы мусульманского материального права.

Мусульманское право имеет четыре источника права. Это Коран – священная книга ислама; Сунна – традиции, связанные с посланцем Бога; Иджма – единое соглашение мусульманского общества; Кияс – суждение по аналогии. С этим в основном согласны все школы мусульманского права.⁴

Рассмотрение теории мусульманского права позволяет констатировать, что по причинам, связанным с самой концепцией права ислама, всякая попытка развития принимается с подозрением и осуждается классическими юристами. Не допускается, чтобы личное мнение стало основой правового решения, компетентность органа законодательной власти регламентировать все сферы общественной жизни отвергается. Традиционализм доминирует над развитием. Наука мусульманского права сформировалась и стабилизировалась в глубоком средневековье, что обуславливает архаический характер ряда институтов, его казуистичность и отсутствие систематизации. Сохранение традиций является главным в передаче информации.

Основанное на Коране мусульманское право является глубоко оригинальным, совершенно независимым от всех других правовых систем, не имеющих того же источника. Мусульманское право – это право церкви, право общины верующих и неотъемлемая часть ислама. Оно несет в себе характер откровений, как и религия, следовательно, нет в мире никакой власти, способной изменить мусульманское право.

Такой фундаментализм придает устойчивость всей структуре мусульманского общества. Тот, кто не подчиняется мусульманскому праву, признается грешником, заслуживающим наказания, тот, кто оспаривает решение мусульманского права, признается еретиком, изгоняемым из общества

² Коран. Перевод И.Ю. Крачковского. М., 1991.

³ Bergstrasser G./Grundzuge des islamischen Rechts. 1935. S. 1.

⁴ См.: Milliot L. et Blanc F. Introduction a letude du droit Musulman. 1987.

ислама. При этом общественная жизнь не создает других норм, кроме норм религиозных, неотъемлемой частью которых является мусульманское право. Там, где перестают применять мусульманское право, ислама больше не существует.

Очевидно, что сложившееся в древности мусульманское право малопригодно для нужд, потребностей современного мирового сообщества, в котором мусульманский мир занимает значительное место. В нем нет регламентации ряда институтов, необходимых для применения в условиях глобализации. Вместе с тем несомненным является наличие в мусульманском праве позитивных нравственных аспектов, способствующих сохранению и укреплению семейных, общинных, общественных отношений, противостоящих тенденциям разложения семейных устоев, упадку нравственности и морали в ряде современных западных стран.

В настоящее время актуализируется проблема потребности и возможности сближения, конвергенции правовых систем мирового сообщества. Эта проблема в современных условиях для государств с мусульманским большинством населения связана с преодолением застойности на основе осознания причин их стагнации. Мусульманские реформаторы пытаются развивать социальные и политические ценности, опираясь на специфические исламские ценности. Однако многие из них подвержены влиянию современной западной идеологии либерализма, существенно скомпрометировавшей себя экономическими, социальными последствиями своей правоприменительной практики.

Проблема выбора дальнейшего пути мусульманского права сопряжена с решением основной проблемы мирного сосуществования мирового сообщества – отказа от силового доминирования США и их союзников в глобальном мире. В настоящее время разворачивается активная экономическая борьба за передел сфер влияния в мире, перерастающая в войны, ведущиеся с применением новых форм и методов. Этот процесс может быть демпфирован усилиями государств, входящих в Организацию Объединенных Наций (ООН) на правовой основе.

Мусульманское право продолжает быть одной из крупных систем современного мира и регулирует отношения между более чем 800 миллионами мусульман. Многие государства с мусульманским населением, включая Алжир, Тунис, Марокко, Иран, Пакистан, продолжают декларировать верность принципам ислама в своих законах и конституциях. Однако эти страны модернизируются, что актуализирует проблемы мусульманского права. Возможность приспособления мусульманского права к современному миру возможна с учетом его практической гибкости при теоретическом сохранении базовых принципов. Поэтому ряд мусульманских государств предприняли серьезные законодательные реформы, используя возможности обращения к обычаю использования соглашений. Заинтересованным лицам разрешено в ряде случаев организовать свои отношения без вмешательства права. Ислам смог распространиться в

мире потому, что сохранял такую позицию и не требовал пожертвовать образом жизни, освященным обычаем.

Мусульманское право все поступки человека делит на пять категорий: обязательные, рекомендуемые, безразличные, порицаемые и запрещаемые. Обычай не может рекомендовать действия, которые право запрещает, или защищать то, что право считает обязательным. Но обычай вправе предписывать то, что согласно праву является только рекомендуемым или дозволенным, а также запрещать то, что право полагает порицаемым или лишь допускаемым. В результате соглашений можно, оставаясь верным исламу, внести очень существенные изменения в нормы, которые предлагает мусульманское право, но которые не считаются обязательными.

Современная тенденция мусульманского права состоит в том, чтобы традиционный подход к учету обстоятельств, цели закона, общественного блага и необходимости дополнить современными точными правилами и строгими методами толкования. Полученные таким путем решения будут отвечать требованиям общества и не противоречить базовым принципам ортодоксальности. Однако проблема реализации сопряжена с инертностью психологии большинства мусульман.

Опасность всякой попытки модернизации и рационализации мусульманского права как части ислама очевидна, поскольку в случае развития названной тенденции окажется под угрозой мусульманское единство в мире, где большинство верующих разделено на различные независимые государства. Поэтому, вероятно, для дальнейшего приспособления мусульманского общества к современной жизни, будут использоваться обычаи, соглашения, регламенты, позволяющие избежать обсуждения принципов, освященных традицией шариата, на которых основывается единство общины верующих.

С мусульманским религиозным правом не следует смешивать существующие правовые системы мусульманских государств, различая понятия «мусульманское право» и «право мусульманских государств».

В специфической смеси правовых, моральных и религиозных положений, составляющих мусульманское право, есть юридические положения, предписания определенного поведения, нормы нравственной дисциплины, поэтому надо отличать «реальность от утопии, действительные результаты юридической жизни от химер, созданных воображением теологов»⁵.

Личное и семейное право, которое содержало нормы ритуального и религиозного поведения, всегда считалось наиболее важным в шариате, хотя теоретически все отрасли мусульманского права одинаково связаны с исламом. Конституционное право в том виде, как оно понимается мусульманским правом, всегда было и остается идеализированной мечтой

⁵ Milliot L. et Blanc F. Introduction a letude du droit Musulman. 1987. P. 76.

о прекрасном, но туманном будущем. Однако уголовное право очень рано отделилось от ортодоксального мусульманства, как и фискальное право⁶.

Коран предписывает мусульманам всегда подчиняться властям. Необходимость всегда снимает с верующих грех несоблюдения правовых норм. Мусульманский идеал, состоящий в установлении единства сообщества верующих и гражданского общества, никогда не был осуществлен. Об этом свидетельствует дуализм судебной системы, где наряду с судами кади, единственными законными судами согласно мусульманскому праву, всегда существовали и другие типы судов, применявших примитивные обычаи или регламенты, установленные властями. Деятельность этих судов всегда отступала от строгих норм мусульманского права: полицейская юрисдикция, юрисдикция инспектора рынков, юрисдикция справедливости правителя или его представителей.

Мусульманское право всегда признавало за властями право принимать решения, направленные на охрану общественного порядка. К настоящему времени во многих мусульманских странах применение норм мусульманского права уступило применению норм, заимствованных в западноевропейских странах, включая конституционное право, административное право, уголовное право, трудовое право.

Первой кодификацией мусульманского права, которая получила силу закона в области семейного права и наследования, был Гражданский кодекс, действовавший в Иране в 1927–1935 годах. Позже кодексы личного статуса были приняты в Сирии, Тунисе, Марокко, Иордании, Ираке, Южном Йемене, реформы семейного и наследственного права проведены в Пакистане, Иране, Кувейте. Для применения шариата, как и применения современных кодексов, необходимо обращаться к юристам, получившим западное образование.

Современное исламское правоведение по-разному объясняет причины рецепции в XIX–XX веках наиболее развитыми мусульманскими странами европейских правовых образцов. Этот процесс в целом был не только подготовлен предшествующей историей правового развития указанных стран, но и объяснялся особенностями самой исламской правовой доктрины, ее гибкостью. Вместе с тем исламские юристы отмечают и другие факторы, объективно способствовавшие рецепции мусульманским миром европейских законодательных образцов.

Во-первых, подчеркивается, что правовые системы, сложившиеся в мусульманском мире на основе шариата, были обращены в прошлое. Они отвечали, да и то не в полной мере, условиям предыдущих эпох, которые характеризовались застоєм. Усилия отдельных правоведов в XVII–XVIII веках не могли серьезно изменить общую ситуацию и вдохнуть новую жизнь в исламское право.

⁶ См.: Anderson J. N.D. *Islamic Law in the Modern World*. 1959. P. 15, 20.

Во-вторых, указывается на достаточно быстрое социально-политическое развитие многих мусульманских стран в XIX–XX веках. Динамичные перемены требовали соответствующих реформ правовой системы, в то время как традиционная исламская правовая доктрина была не готова предложить нужные решения. Поэтому власти Османской империи и Египта были вынуждены заимствовать необходимые правовые формы за пределами мусульманского мира. Результатом такой правовой политики стал двойственный характер правовой системы, при котором, с одной стороны, традиционное исламское право сохранило, хотя и в ограниченных масштабах, свои позиции, а с другой – заметное место в нем заняло заимствованное из Европы законодательство. Причем эти две подсистемы практически не взаимодействовали между собой и не были достаточно скоординированы.

В-третьих, еще одним фактором стало утверждение в мусульманском мире военно-политического и экономического господства европейских колониальных держав, которые, естественно, в своих интересах существенно содействовали переносу сюда европейской правовой культуры. При этом мусульманские страны оказались в противоречивой исторической ситуации, когда они пытались противостоять колонизаторам и в то же время были вынуждены заимствовать их достижения, в том числе и в области права⁷.

Конечно, при оценке такого подхода не надо забывать о преобладающем в мусульманском мире мнении, согласно которому экспансия европейской правовой культуры в XIX веке объяснялась лишь политикой колонизаторов, которые силой навязывали свои законодательные образцы мусульманам. Этим в значительной мере объясняется особый привилегированный статус иностранцев, прежде всего европейцев из доминирующих государств, в мусульманских странах.

Широкая рецепция европейского по содержанию законодательства непосредственно влияла на исламскую правовую мысль, которая оказалась вынужденной найти объяснение этому процессу и оценить его с позиций шариата и правовой доктрины (фикха). Решение, позволяющее соединить исламскую традицию с европейским подходом, было найдено на основе гибкости мусульманского права. При этом законодательство мусульманских стран, несмотря на влияние европейской практики, официально исходило из верховенства шариата. Иными словами, власть как бы освящала воспринимаемые правовые нормы авторитетом шариата. Заимствованное, включая навязанное, европейское законодательство признавалось укладывающимся в рамки фикха самой исламской правовой мыслью.

⁷ См.: Тарек Бишри. Правовые позиции между исламским шариатом и позитивным правом. Каир, Изд. 2-е, 2005. С. 5–6.

Авторитетные мусульманские ученые пришли к выводу, что большинство норм принятого законодательства в той или иной форме уже зафиксировано различными толками фикха. Если же его отдельные положения и неизвестны традиционной доктрине, то они, во всяком случае, не противоречат императивным положениям шариата и отвечают общим интересам мусульман. Кроме того, закрепление этих правил в виде точных статей законодательных актов упрощает их единообразное применение судом, что также соответствует интересам мусульманского сообщества. Иными словами, основанные на европейских образцах акты были признаны допустимыми с точки зрения шариата.

Обращение к европейскому опыту существенно модифицировало мусульманское право изнутри, значительно изменив его содержание и форму. В этом заключалось еще одно направление эволюции мусульманского права в правовых системах мусульманских стран под воздействием европейской правовой культуры. Эта тенденция прежде всего выразилась в кодификации фикха, изменении характера источников мусульманского права. В частности, актом эволюции мусульманского права стала Маджалла, принятая в 1869–1876 годах в Османской империи. По своему содержанию этот акт был сводом выводов фикха по имущественным, обязательственным и судебным-процедурным вопросам, а по форме – гражданским и гражданско-процессуальным кодексом в европейском понимании. Это стало важным шагом на многовековом пути к кодификации фикха. С принятием Маджаллы доктрина начала уступать роль основного юридического источника исламского права нормативному правовому акту.

Мусульманское право играет далеко не одинаковую роль в современном правовом развитии различных государств мусульманского мира. Так, правовые системы некоторых стран ориентируются главным образом на шариат (фикх), в то время как в других реализуется модель светского государства, законодательство которого по своему характеру практически целиком основано на европейских традициях. Наблюдается большое разнообразие правовых систем современных мусульманских стран. В то же время мусульманское право не утратило в современном мусульманском мире своей роли комплекса юридических норм, хотя и действующих в модифицированном по сравнению со средневековым виде.

Можно выделить основные группы правовых систем современного мусульманского мира. Первую группу составляют такие страны региона Персидского залива и Аравийского полуострова, как Саудовская Аравия, ОАЭ, Катар, Йемен, Иран, а также Пакистан и Судан. К ним примыкают Малайзия и Нигерия. Здесь мусульманское право продолжает действовать очень широко, охватывая как частное, так и публичное право. В ряде указанных стран оно является стержнем правовой системы. Именно эти два фактора, особая роль мусульманского права в публично-правовых отраслях и его статус в качестве главного элемента правовой системы характеризуют современное правовое развитие этих стран. Причем

мусульманское право действует здесь как в форме доктрины, так и в виде системы нормативно-правовых актов.

Саудовская Аравия остается единственной мусульманской страной, где мусульманское право продолжает применяться главным образом в традиционной форме доктрины. Многие ключевые отрасли права в этой стране до сих пор не кодифицированы. Это относится прежде всего к тем элементам правовой системы, которые целиком ориентированы на нормы фикха. В частности, пока не принят ни семейный, ни уголовный кодексы. Центральное место мусульманского права в саудовской правовой системе закреплено Основным низамом (регламентом) о власти 1992 года.

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

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

В других странах данной группы центральное место мусульманского права в правовой системе также закреплено на конституционном уровне, хотя и в различной форме. Так, Конституция Йеменской Республики 1991 года с последующими изменениями и дополнениями провозглашает шариат источником всего законодательства, а конституции ОАЭ 1996 года и Катара 2004 года называют шариат основным источником законодательства.

Приоритетные позиции исламского права получают детальное закрепление в текущем законодательстве, ориентирующем суд на преимущественное применение шариата. Так, закон ОАЭ о Верховном федеральном суде 1973 года предусматривает, что данный судебный орган применяет нормы шариата, федерального законодательства и принятых в отдельных эмиратах законов, соответствующих предписаниям шариата, а также такие обычаи, принципы естественного права и нормы иностранного права, которые не противоречат положениям шариата. Закон о судебной системе 1978 года обязывает все федеральные судебные органы обращаться к нормам шариата, федеральному законодательству и иным законам, а также к не противоречащим шариату обычаям и общим принципам права.

Принципиальное положение о соотношении мусульманского права и позитивного законодательства закрепляет и кодекс гражданских правоот-

ношений ОАЭ 1986 года, в соответствии с которым в основу понимания, формулирования и толкования его статей положены нормы и принципы фикха. Таким образом в ОАЭ действует прежде всего мусульманское право, а применение законодательства и иных источников поставлено в зависимость от их соответствия или непротиворечия шариату.

Аналогичная ситуация наблюдается и в Судане. Действующий здесь закон об основах судебных решений 1983 года предусматривает, что при молчании закона судья применяет положения Корана, сунны Пророка и другие традиционно признаваемые источники фикха, а также его общие принципы. Обращение к судебным прецедентам и обычаям допускается только при условии их непротиворечия шариату, его принципам и конкретным выводам фикха. Кроме того, этот не имеющий аналогов в других мусульманских странах акт обязывает судью при толковании применяемого им законодательства исходить из того, что законодатель не имел в виду вводить нормы, противоречащие шариату в части установленных им точных запретов или дозволений. Одновременно судья должен толковать все содержащиеся в законодательстве термины, понятия и формулировки только в соответствии с положениями шариата, его общими принципами и общим духом, а также с принятой в фикхе методологией.

На близкие критерии ориентируется и правовая система Пакистана. Конституция этой страны 1973 года предусматривает, что все действующие законы должны быть приведены в соответствие с предписаниями ислама, закрепленными Кораном и сунной Пророка, и никакое вновь принимаемое законодательство не может им противоречить. Для реализации этих предписаний в Пакистане создан специальный Совет исламской идеологии, имеющий конституционный статус. Кроме того, закон о претворении шариата 1991 года детально регламентирует верховенство шариата в правовой системе страны, закрепляет правила толкования законодательства в свете шариата, а также очерчивает общие ориентиры исламизации системы образования и экономики. Ключевая роль мусульманского права в правовых системах всех указанных стран наглядно выражается в том, что уголовное право здесь основано на предписаниях шариата и фикха. По сути, это является едва ли не самой яркой чертой, отличающей позиции мусульманского права в данной группе государств.

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

сочетание законодательства европейского типа с положениями мусульманского права.

Вместе с тем даже в указанных странах наблюдается тенденция усиления роли мусульманского права на уровне правовой системы в целом. В частности, в Египте в мае 1980 года в Конституцию 1972 года было внесено изменение, в соответствии с которым принципы шариата провозглашены не просто одним из источников законодательства, а его главным, ведущим источником. В египетском парламенте даже создана специальная комиссия для контроля за тем, чтобы ни один из принимаемых законов не противоречил принципам шариата.

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

Современное исламское право существенно отличается от традиционного по форме, содержанию, соотношению с позитивным законодательством. В современных правовых системах мусульманское право сравнительно редко выступает в традиционной форме доктрины, которая остается его ведущим источником в немногих странах и лишь применительно к отдельным отраслям. В большинстве случаев его нормы закрепляются в принимаемом государством законодательстве. В итоге доктрина (фикх) в качестве основного источника исламского права уступает место законодательству, а отличающиеся плюрализмом взгляды различных школ заменяются точными однозначными нормами.

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

Иной характер имеют нормативно-правовые акты, которые хотя и воспринимают единичные исламские правовые положения, но в целом не

отличаются исламской направленностью. Это относится, в частности, к современному гражданскому законодательству большинства мусульманских стран. Его отдельные статьи, сформулированные с учетом выводов исламской правовой доктрины, являются скорее не предписаниями самого мусульманского права, а нормами, которые в лучшем случае ведут от него свое происхождение. Главное в том, что эти нормы подчинены общему смыслу законодательства, имеющего мало общего с мусульманским правом, и поэтому во многом лишились своей традиционной специфики. При этом гражданские кодексы, как правило, ставят применение выводов исламской правовой доктрины в качестве субсидиарного источника в зависимость от их соответствия общим принципам гражданского законодательства.

Анализ современных правовых систем мусульманских стран свидетельствует о формировании современного мусульманского права, которое отличается от его традиционного варианта рядом существенных особенностей. Принятие законодательства, закрепляющего положения шариата и ориентирующегося на его общие принципы, ведет к серьезным изменениям технико-юридического содержания мусульманского права, характера его норм и соотношения их с религиозными правилами поведения.

Позитивные правовые системы мусульманского права в их современном виде различны между собой, так как общественное развитие ряда стран очень разнообразно, а традиции также далеко не одинаковы. Представляется, однако, что в обозримом будущем модернизация мусульманского права не приведет к полному присоединению мусульманских стран к романской правовой системе или системе общего права.

Скорее вероятен синтез категорий и понятий, заимствованных из западного права и методов рассуждения и подхода, основанных на традициях мусульманского права. Это позволяет сделать вывод о целесообразности дальнейшего изучения системы мусульманского права, его места и роли в современном мире в интересах международного сотрудничества, национальной и международной безопасности.