

Л. О. Корчевна, кандидат юридичних наук, доцент

Одеський національний університет ім. І. І. Мечникова,
кафедра конституційного права та правосуддя,
Французький бульвар, 24/26, Одеса, 65058, Україна

ПРО ДЖЕРЕЛА ПРАВА В ІСЛАМСЬКОМУ ШАРІАТІ

Стаття присвячена джерелам права в ісламському шаріаті, зокрема теоретичному та історичному аналізу джерел ісламського права.

Проаналізовано погляди та думки вчених, які обумовлюють плюралізм цих джерел мусульманського права. Пропонується синтез категорій і понять, запозичених із західного права, методів мислення і підходів, глибоко пронизаних традицією мусульманського права.

Ключові слова: ісламське право, теологія, звичаєве право, школи мусульманського права, вестернізація.

З'ясування природи мусульманського різноджерельного права потребує висвітлення таких питань, як невіддиференційованість права і релігії ісламу, співвідношення канонічного права і мусульманського права, теорія джерел мусульманського права, вестернізація мусульманського права і його пристосування до сучасного світу, сучасна ісламістика про угруповання правових систем мусульманських країн.

Мусульманське право (шаріат) є невід'ємною частиною релігії ісламу і являє собою систему релігійних, моральних і правових норм [1, 635-688].

На думку Р. Давіда і К. Жоффре-Спінозі: “Тісно зв'язане з релігією і з цивілізацією ісламу мусульманське право здатне по-справжньому зрозуміти лише той, хто має хоча б мінімальні загальні уявлення про цю релігію і про цю цивілізацію” [2, 309].

У чому ж полягає своєрідність ісламської цивілізації? З арабської “ісламське право” — *шаріат* (божественний закон). Шаріат — це “належний шлях”. Ісламське право є сукупністю норм чи правил, вилучених з божественних об'явлень, яких має додержуватися віруючий мусульманин, якщо він бажає правильно виконувати свій релігійний обов'язок. Сказане зі всією очевидністю показує кардинальну відмінність між ісламським і західним правом. Ісламське право є наслідком божественного об'явлення і внаслідок цього не спирається на авторитет ніякого земного творця права. Ця відмінність зумовлює далеко сягаючі наслідки.

Одним із наслідків є той, що *ісламське право*, як право божественне, є принципово незмінним, перманентним. У західних же правових системах загальноновизнаний зміст права змінюється, бо законодавець, а також суддя й інші суб'єкти правотворчості пристосовують його до суспільних потреб, котрі змінюються. В ісламі виходять з постулату про богоданний характер всього сущого права, яке в певну мить історії Аллах відкрив людям через пророка Мухаммеда.

Ось чому, на думку К. Цвайгерта і Х. Кьотца, *ісламській юриспруденції чужий історичний підхід до права* як до функції умов життя, які змінюються в якомусь визначеному суспільстві. Більше того, право Аллах подарував людині одного разу і назавжди. Суспільство пристосовується до права, а не створює його, щоб використовувати як знаряддя для вирішення нових життєвих проблем, які щоденно виникають [3, 447].

Сказане зі всією очевидністю підтверджує *трансцендентність ісламського права* як його основний принцип.

Утім, ісламська юриспруденція визнає, що впродовж століть доктори ісламу

працювали над інтерпретацією права, яке відкрилося людям внаслідок божественного об'явлення, перш ніж їм вдалося пізнати всю глибину змісту правових джерел і підготувати їх для практичного застосування. Інтерпретація була необхідною внаслідок того, що божественне право не було первісно ясным для розуміння. Однак, згідно з ортодоксальними ісламськими поглядами, всі ці інтерпретаторські зусилля були спрямовані не на створення нового права, а на відкриття, засвоєння і формулювання вже існуючого божественного права.

Ісламське право є вираженням волі Аллаха, а не земного законодавця. Цим пояснюється, що воно претендує на всеохопне регулювання людської поведінки. Примітно, що дотримання норм божественного закону не має примусового характеру, однак, будучи правом, шариат є водночас і системою всеохопних етичних норм, або вченням про обов'язки (фікс), і як такий визначає все земне існування мусульманина. Таким є другий наслідок з того постулату, що ісламське право є виявом божественного об'явлення.

У цьому зв'язку важливо проаналізувати *співвідношення канонічного права й ісламського права*. Романо-германське й англо-американське право включає і давньоримське, **світське**, не зв'язане з релігією християнства і його канонічним, або церковним, правом. Канонічне право — це право общини віруючих у Христа.

Християнська церква ніколи не прагнула **тотально**, як в ісламі, врегульовувати суспільні відносини. “Мое царство, — говорив Христос, — інший світ”. “Віддайте кесарю кесарево”. Канонічне право є субсидіарним правом. Воно завжди було лише додатком до римського чи іншого світського права і прагнуло регулювати ті питання, які не охоплювалися світським правом: церковна організація, правила причастя і сповіді та ін.. Навіть у церковних державах до їх зникнення 1870 року перешкод існувало **цивільне право**, незалежне від канонічного права; такий самий стан речей склався в наш час у Ватикані [2, 317].

Складовими частинами ісламу є: 1) теологія, тобто вчення про Бога, про догми ісламу, в які мусульманин мусить вірити, і 2) шариат, тобто приписи віруючим, що вони мусять робити і чого не мусять згідно з релігією ісламу. Підставою шариату є ідея обов'язків. Однак шариат містить і права, які визнаються за людиною. Неповага до цих прав карається мусульманським суддею.

З цього приводу ми вважаємо, що ісламська цивілізація є спадкоємницею високорозвинутих правових культур давнього світу, таких, як єгипетська і близькосхідна (4000—3000 рр. до н. е.). Вивчення цих культур підтверджує, що перші норми юстиції, або справедливості, виникли із визнання права приватної власності. Тут вперше почали вважати, що сутністю справедливості є принцип рівноцінності, або еквівалентності. Цей принцип зображували у вигляді врівноважених терез. Первісно це суто єгипетський символ. Лише пізніше й римляни визначали справедливість як рівність і тому терези стали для них символом, атрибутом юстиції [4, 54].

У єгипетському і близькосхідному правових устроях врегульовувалися питання власності, договорів оренди, позики, купівлі і продажу, позовів, компенсації заподіяної шкоди.

Характеризуючи ісламську цивілізацію, варто зважувати й на таку обставину. *Мусульманська антропологія*, тобто вчення про людину в мусульманській традиції, подібно до християнської антропології, виходить із “первісної “зіпсованості” (“падіння”) людської істоти внаслідок первісного гріха праотця людства Адама, яку отримує в спадок весь людський рід.

Люди від природи злісні, ненависні, заздрісні. Коран розповідає про ці вади і застерігає: “Опам'ятайтеся, люди!” У сурі 2 Корана говориться: “І якщо б не стримування Аллахом людей одне від одного, то зазнала б руйнування земля” [5, 43]. Коран приписує мусульманину: “Намагайтеся випередити один одного в добрих справах на шляху Аллаха” [5, 30]. “Не чиніть зло на землі, поширюючи безчестя” [5, 20]. “Не ображайте, і ви не будете ображені” [5, 47]. Зрозуміло, що в цій

своїй частині Священна книга мусульман має видатний характер гуманізму, людяності.

В ісламі панує концепція теократичної держави і теократичного суспільства. Теократична держава — це форма правління, в якій глава держави є водночас її релігійною главою (монарх). Держава має значення лише як **служниця** встановленої релігії. Звідси й субсидіарний до шариату характер позитивного права, і його другорядна роль. Монарх чи парламент у традиційному ісламському розумінні є не правителі, а служителі права. Вони не можуть законодавствувати.

Мусульманський ідеал — досягти єдності віруючих і громадянського суспільства — ніколи не був реалізований. У мусульманських країнах, *окрім норм шариату, завжди існували звичаї договору, правова доктрина, вресні світські закони*. А ці джерела права є ознакою громадянського, а не теократичного суспільства.

До загальної характеристики ісламу варто додати й таке. *Іслам* виник у VII столітті в Аравії. Сьогодні його сповідують понад 800 млн. мусульман. Хоча іслам є найбільш молодшою з монотеїстичних релігій, він отримав неабияке широке поширення. Не минуло і 100 років від дня смерті Мухаммеда 632 року, як іслам в епоху правління династії Омейядів услід за арабськими арміями поширився на все північне узбережжя Африки і проник далеко в глибину Іспанії, а на сході — в Іран і Індію. Друга хвиля арабських завоювань у XV столітті за султанів османської династії призвела до підкорення Візантії, захоплення Константинополя 1453 року і встановлення панування ісламу в Південній Кореї. До цього часу в колишній Югославії, Албанії і Болгарії існують численні мусульманські общини. В Азії іслам також досяг великих успіхів. На Індостанському півострові мусульмани створили власну державу Пакистан після Другої світової війни. А в Республіці Індії приблизно 10 % населення, тобто близько 50 млн. людей, сповідує іслам. Некитайське населення Малайзії і Індонезії також переважно мусульмани. В Африці ісламські місіонери і купці спершу залучили до ісламу населення Верхнього Нілу, тобто сучасного Судану. Звідси торговельними шляхами Сахари він поширився на північ. Отож, у наші дні не тільки в Північній Нігерії, але і в більшості держав, які виникли на території колишньої Французької Західної Африки, населення сповідує переважно іслам. Поширився іслам і на східному узбережжі Африки. Сомалі майже повністю ісламізоване, а в Танзанії і Кенії існують численні мусульманські общини [3, 448-449; 1, 480-520].

Джерелами мусульманського права є Коран, сунна, іджма, кіяс. Йдеться про класичне вчення “чотирьох коренів” ісламського права.

У *Корані* розміщено юридичні приписи, які регулюють:

- 1) *особистий статус* (їх 70);
- 2) *ті, що стосуються “цивільного права”* (також 70);
- 3) *ті, що стосуються “кримінального права”* (їх 30);
- 4) *ті, що стосуються судової процедури* (їх 13);
- 5) *ті, що стосуються “конституційного права”* (їх 10);
- 6) *ті, що стосуються економіки і фінансів* (їх 10);
- 7) *ті, що стосуються “міжнародного права”* (їх 25).

Об’єднані всі приписи Корана ідеєю справедливості [5].

Суттєво, що Мухаммед як суддя, стикаючись з конкретними життєвими обставинами, завжди керувався тим варіантом **звичаєвого права**, який був у той час найбільш поширеним серед арабських племен.

Він розширив і змінив це право лише в місцях, де воно суперечило його політичним цілям: замінив староарабський трайбалізм спільнотою людей, пов’язаних між собою вірою в Аллаха.

Після смерті Мухаммеда політичне керівництво й обов’язки верховного судді перейшли до халіфів (буквально — *представники*), з яких четверо перших були ще з його найближчого оточення. Вони і судді, ними призначені, спиралися у своїй

судовій практиці в основному на діюче **звичаєве право** з врахуванням, зрозуміло, приписів Корана, які були придатними для певного конкретного випадку.

Після смерті четвертого халіфа Алі, двоюрідного брата і зятя Мухаммеда, до влади прийшли Омейяди, представники аристократії Мекки, їхній світський стиль правління піддався гострій критиці з Медини. Ортодоксальні ісламісти вимагали, щоб життя в усіх його проявах підкорювалося вимогам релігії.

Однак невдовзі з'ясувалося, що одного Корану недостатньо. Тому те, що у ньому було відсутнє, знаходили в традиціях щодо поведінки і висловлювань пророка Мухаммеда, відтворених низкою його посередників. Життя Мухаммеда мало бути взірцем для віруючих. Йдеться про **сунну** як втілення богомнадихаючої практики пророка, яка має вирішальне значення для тлумачення і пояснення приписів Корану. Сунна, згідно з теорією ісламського права, залишається й понині другим за значенням правовим джерелом після Корану.

750 року владу в халіфаті захопила династія Аббасидів. Ця влада виявила істотну підтримку розвитку релігійної **правової науки**. Аббасиди визнавали вплив релігійних законів на життя держави, визнавали авторитет провідних правників і призначали багатьох з них на вищі суддівські посади. У величезній арабській державі існували численні центри, в яких вивчали божественні об'явлення.

Чим відзначений розквіт ісламської правової науки? Як ми вже зауважили, ісламська юриспруденція визнає, що праву, яке відкрилося людям внаслідок божественного об'явлення, не була спершу надана ясна для розуміння і витончена форма, і тому стала необхідною багатоговікова робота ісламських юристів, перш ніж їм вдалося осягнути всю глибину змісту визнаних правових джерел і підготувати їх для практичного застосування. Однак, згідно з ортодоксальними ісламськими поглядами, всі ці зусилля були спрямовані не на створення нового права, а на відкриття, засвоєння і формулювання вже існуючого.

У м. Куфа (в сучасному Іраку) працювала група визнаних правників, які поступово опрацювали свою теорію і почали поширювати її. Науковий напрям в ісламському правознавстві, який розвивали ці вчені, був названий на ім'я найбільш видатного з них — Абу Ханіфа — *ханіфітською школою*. У Медині подібний напрям був названий на ім'я правника Маліка ібн Анаса *малікітською школою*. Між цими системами правових поглядів пізніше виникли істотні розбіжності. Так, спершу кожний вчений міг винести самостійне рішення з будь-якого правового питання, якщо не знаходив на нього відповіді в Корані чи сунні. Але на тій підставі, що представники різних шкіл права перебували далеко один від одного, їхні погляди зумовлювалися різними впливами способу життя, рівнем розвитку і правових звичаїв населення, що їх оточувало. І тому природно, що погляди вчених різних шкіл були відмінними. Суттєво, що такий стан речей виправдовують посиланням на висловлювання, яке приписують Мухаммеду: "Різність поглядів у моїй общині — ознака благосхильності Аллаха".

Окрім ханіфітської і малікітської шкіл права, дещо пізніше, наприкінці IX століття, були створені ще дві нові школи правників, які не втратили свого значення і понині. Одна з них була названа ім'ям видатного вченого Аш Шафія — *шафіїтською школою*, а інша — *ханбалітською школою* на ім'я її засновника Ахмеда ібн Ханбала. Ці школи взаємно визнали законність кожної з них. Щодо відмінностей між ними, то вони розглядаються як угодні Богу різні варіанти єдиних за своєю основою святих законів.

Однак насторожувала та обставина, що численні доктринальні відмінності в поглядах окремих вчених і напрямках могли розчинити ісламське право на численні окремі думки. Щоб протистояти цьому, видатний вчений Аш Шафія (вмер 820 р.) сформулював вчення "*чотирьох коренів*" ісламського права. Завдяки цьому юристи отримали єдиний, одного разу і назавжди встановлений метод судочинства. Згідно з цим вченням, перший "*корінь*", зрозуміло, **Коран**; другий "*корінь*" — **сунна**

як втілення богонадихаючої практики пророка Мухаммеда, яка має вирішальне значення для тлумачення і пояснення приписів Корана; третій “*корінь*” — *іджма*, тобто єдина думка всієї ісламської общини, нефахівців і юристів з певного питання ісламського вчення про обов’язки мусульман; четвертий, і останній, “*корінь*” — принцип судження за аналогією “*кіяс*”, тобто це — застосування відповідних норм, сформульованих в Корані, сунні чи іджмі, до нових аналогічних випадків. Більш пізні вчення лише незначною мірою змінили цю схему, зробивши більш гнучким зміст поняття “*іджма*”, що значно посилило його практичне значення. Завдяки цьому нормою права почали визнавати єдину думку, якої досягали певного часу вчені всіх шкіл чи навіть якоїсь однієї школи. Цей принцип, з погляду історії, має дещо спільне з давньоримським принципом єдиної думки вчених-фахівців [3, 453]. У цьому зв’язку важливо пригадати, що в Римі авторитет вченого юриста був близький до авторитету закону чи магістрату. Ось що писав про це Гай у своїх Інституціях: “Відповіді знавців (права) — це думки юристів, яким дозволено було встановлювати і створювати право. Якщо думки цих осіб збігаються (схожі), то набуває сили закону те, у чому вони згодні”.

Істотно, що в сучасному праві мусульманських країн вирішальне значення визнається за погодженою, єдиною думкою вчених, бо саме вона зрештою визначає, яку норму Корана чи сунни безпосередньо чи за аналогією необхідно застосовувати в значенні чинного права [3, 453]. Аналогічними є думки Р. Давіда і К. Жоффре-Спінозі: “Сьогоднішній суддя шукав підстави для рішення не в Корані чи в сунні... Будучи записаними в іджму, норми права незалежно від їх походження підлягають застосуванню” [2, 313]. І далі: “Іджма сьогодні є єдиною догматичною основою мусульманського права. Коран і Сунна — це лише його історична основа” [2, 313].

Отже, досягненням класичної ісламської юриспруденції є те, що їй вдалося розвинути вчення ісламу про релігійний обов’язок у всеохоплюючу систему правових норм, які були покликані регулювати по можливості всю поведінку людини.

Ці правові норми створювали ісламські правники, і вони повністю виражали дух свого часу. Але на тій підставі, що їм приписувалося божественне походження, вони домагалися того, щоб вічно залишатися незмінними, **і не вимагали схвалення з боку держави**, ніякі земні сили не могли їх скасувати. І дійсно, ісламські правники класичного періоду були **вищими законодавцями** в країні. При досягненні взаємної спільної згоди вони отримували право вимагати такої влади, які не мала правова наука континентальної Європи навіть у роки свого найбільшого розквіту [3, 459-460; 1, 683-730].

З огляду на сказане, вкрай важливо підкреслити, що *політичний режим мусульманських країн є теократичним*. Це означає, що уряд, який має авторитет, який ґрунтований не на санкції Аллаха і який не підкоряється його приписам, є недійсним для божественної системи права і суспільства. Він розцінюється як деспотичний, тиранічний, такий, що не має права вимагати слухняності й заслуговує лише того, щоб бути поваленим.

До загальної характеристики мусульманського права варто додати й те, що це право всі вчинки людини поділяє на *п’ять категорій: обов’язкові, заборонені, за-суджувані, рекомендовані й байдужі* [2, 319]. Знову-таки суттєво, що *мусульманське право містить дуже мало імперативних положень* і надає широкі можливості для вільної ініціативи [2, 319].

Подальший розгляд суттєвих ознак мусульманського права потребує аналізу таких питань, як пристосування мусульманського права до сучасного світу та його вестернізація.

Мусульманське право сформувалося і зупинило свій розвиток у Х столітті. Це час глибокого середньовіччя. Століттями одні й ті самі праці служать навчанням мусульманського права. Звідси й такі риси традиційного мусульманського права,

як *архаїчний характер низки інститутів, казуїстичність*, тобто відсутність узагальнень і відсутність систематизації.

Багато мусульманських держав продовжують проголошувати у своїх законах і в конституціях вірність принципам ісламу. Підкорення держави цим принципам проголошено конституціями Марокко, Туніса, Алжиру, Мавританії, Ірану, Пакистану. Цивільні кодекси Єгипту (1948 р.), Алжиру (1975 р.), Іраку (1951 р.) пропонують суддям заповнювати прогалини закону, керуючись принципами мусульманського права.

Однак, очевидно, що традиційне мусульманське право, яке склалось у X столітті, непридатне для потреб сучасного суспільства. У ньому немає регламентації деяких інститутів, які сьогодні необхідні. На думку Р. Давіда і К. Жоффре-Спінозі: “Для пристосування мусульманського суспільства до сучасного життя... перевага буде віддана способам, які знаходяться немовби поза мусульманським правом, але які не суперечать йому” [2, 322]. І далі: “У зв’язку з цим необхідно розрізнити поняття “мусульманське право” і “право мусульманських країн” [2, 323].

У XIX і XX століттях у праві мусульманських країн існували три значних феномени. Перший з них — **вестернізація** цього права. Другий — **кодифікація** розділів, яких не торкнулася вестернізація. Третій — **скасування спеціальних судів** (каді) покликаних застосовувати мусульманське право.

Вестернізація права — це застосування норм, запозичених з романо-германської сім’ї чи сім’ї загального права, за межами персонального статусу (особа, сім’я, спадковість). Було вестернізовано конституційне, адміністративне, кримінальне, трудове право.

Якою мірою вестернізація вплинула на міцність юридичної традиції мусульманства? На думку Р. Давіда і К. Жоффре-Спінозі: “Модернізація мусульманського права не поведе до повного приєднання цих країн до романської правової системи, чи системи загального права. Найпевніше можна чекати, що в цих країнах виникне **синтез** категорій і понять, запозичених із західного права, і методів мислення і підходу, глибоко пронизаних традицією мусульманського права. Необхідно реформувати все суспільство, а не лише право, необхідно відмовитися від всієї ісламістської цивілізації в цілому, щоб повністю ліквідувати юридичну традицію мусульманства. У більшості мусульманських країн такого прагнення немає” [2, 329]. К. Цвайгерт і Х. Кьотц зазначають, що держави сучасного ісламського світу прагнуть до розквіту і прогресу. Однак це не означає, що в кінцевому підсумку вони мусять відмовитися від права, що ґрунтується на релігійній основі. Найпевніше це означає, що має бути знайдено **компроміс** між основоположними і категоричними вимогами ісламської релігії і необхідністю зробити право здатним змінюватися відповідно до змін у світі [3, 460].

Сучасна ісламістика виокремлює *три групи сучасних правових систем мусульманських країн*. *Першу групу* складають країни з мусульманським населенням, які стали соціалістичними республіками, — радянські республіки Середньої Азії, а також Албанії. Тут іслам державою не визнавався. Сьогодні йдеться про проблеми типології середньоазійських постсоціалістичних країн. *Другу групу* утворюють Афганістан, Пакистан, Кувейт, Бахрейн, Саудівська Аравія, емірати Персидської затоки. Це найбільш типові представники цієї групи. Ці країни *теоретично* живуть за нормами мусульманського права, а фактично — за нормами **звичаєвого права**. Звичаєве право визнає пріоритет і досконалість мусульманського права, але часто з ним не згодне. *Третю групу* утворюють країни, в яких мусульманське право збереглося лише для регулювання окремих сторін суспільного життя (особистий статус, релігійні установи, іноді земельний режим). У цих країнах існує “сучасне право”, яке регулює нові сфери суспільних відносин. *Третя група поділяється на дві підгрупи* залежно від того: 1) чи було сучасне право вироблене за взірцем **загального права** (Індія, Малайзія, Нігерія); 2) чи за взірцем **французького права** (африканські

держави з французькою мовою, низка арабських держав), чи **права голландського** (Індонезія).

Особливим випадком є Туреччина. За Конституцією Туреччини 1982 року, — ця країна проголошена демократичною, **світською і соціально-правовою** державою. З 1926 року Туреччина входить до складу романо-германської правової сім'ї.

З наведеного вище аналізу можна дійти деяких загальних висновків. *Право сучасних мусульманських країн є різноджерельним (Коран, сунна, іджма, кіяс, звичай, договір, закон, судова практика). Верхнє місце в ієрархії джерел права займає іджма. Вестернізація мусульманського права не вплинула на субсидіарний характер позитивного права.*

Література:

1. Антология мировой правовой мысли: В 5 т. Т. I. Античный мир и Восточная цивилизация. — М.: Мысль, 1999, 565 с.
2. Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. — М.: Междунар. отношения, 1996, 345 с.
3. Цвайгерт К., Кьотц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2 т. Т. I. Основы. — М.: Междунар. отношения, 2000, 290 с.
4. Аннерс З. История европейского права. — М.: Наука, 1996, 185 с.
5. Коран (Пер. с араб.) — М.: МНПП “Буква”, 1991.

Л. А. Корчевная

Одесский национальный университет им. И. И. Мечникова,
кафедра конституционного права и правосудия,
Французский бульвар, 24/26, Одесса, 65058, Украина

ПРО ИСТОЧНИКИ ПРАВА В ИСЛАМСКОМ ШАРИАТЕ

РЕЗЮМЕ

Статья содержит результаты теоретического и исторического осмысления источников исламского права. Определенно, что право современных мусульманских государств является многовекторным. Выявлена необходимость объединения некоторых положений западного права и методов мышления и подходов мусульманского права.

Ключові слова: ісламське право, теологія, звичаєве право, школи мусульманського права, вестернізація.