

Мусульманское право в контексте правогенеза

 **Г.И. Муромцев**

Профессор, кафедра теории права и государства Юридического института Российского университета дружбы народов, доктор юридических наук. Адрес: 117198, Российская Федерация, Москва, ул. Миклухо-Маклая, 6. E-mail: muromtsev@mail.ru

Аннотация

Тема настоящей статьи актуальна прежде всего вследствие недостаточной разработанности общетеоретической концепции правогенеза, в рамках которой становление мусульманского права подтверждало бы ее правильность. Используемая в этом качестве концепция, преобладающая в российской правовой литературе и исходящая из неразрывной связи государство- и правогенеза, «пробуксовывает» в ряде аспектов. Выяснение причин такого положения — одна из целей настоящей статьи. Другая цель состоит в попытке наметить методологию исследования проблемы правогенеза на ее теоретическом уровне и применительно к мусульманскому праву. Автор рассматривает правогенез в контексте концепции всемирной эволюции. При таком подходе социальным факторам возникновения права предшествуют природные факторы такого же характера, а исходным в исследовании становится тезис о возникновении права одновременно с человеческим обществом. Важнейшее значение приобретает вывод, что закономерности развития поведения и механизмов его регуляции формируются уже на природной стадии всемирной эволюции. Возникнув на уровне рефлексов, они воспринимаются затем слитными нормами обычая-монономы. В свою очередь, шариат как основа мусульманского права по существу воспроизводит в условиях раннеклассового общества основные параметры монономы: сверхъестественный характер ее возникновения, слитность, неизменность, беспробельность, отсутствие необходимости в аппарате, способном принуждать к соблюдению норм шариата. Структура мусульманского права отражает также влияние зарождающейся цивилизации. Ее разнотипность с культурой монономы обусловила необходимость религиозно-правовых школ как связующего звена между неизменными нормами шариата и изменяющимися общественными отношениями. В результате появилась исламская юриспруденция, или фикх. В характере функций, выполняемых школами и направленными на поддержание в рабочем состоянии слитных (и потому неизменных) норм шариата, автор видит закономерность, типичную для раннеклассовых правовых систем и теоретически недостаточно осмысленную. Структура мусульманского права и сегодня включает элементы раннеклассовой эпохи.

Ключевые слова

всемирная эволюция, основной психологический закон развития поведения, правогенез, монономы, мусульманское право, шариат, фикх.

Для цитирования: Муромцев Г.И. Мусульманское право в контексте правогенеза // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2021. № 1. С. 80–106.

УДК: 340

DOI: 10.17323/2072-8166.2021.1.80.106

Введение

Данная статья посвящена проблеме происхождения мусульманского права, рассмотренной в «связке» с теоретической концепцией правогенеза, преобладающей в российской правовой литературе. Такое соединение проблем имеет целью решение нескольких методологических задач. Это, во-первых, высветить (при сравнительном к ним подходе) нестыкованность общетеоретической концепции правогенеза с ее исламской интерпретацией; во-вторых, показать, что в ее основе — несовершенство методологии исследования проблем; в-третьих, попытаться наметить методологический подход к их исследованию, отражающий современный уровень знаний в этой области, наконец, в-четвертых, показать, что структура мусульманского права как раз и отражает процесс его становления на системном уровне.

Конечно, рассмотрение многоплановых проблем в рамках одной статьи не может претендовать на всестороннее их раскрытие. Однако оно может способствовать привлечению к этим проблемам внимания исследователей, развитию научной дискуссии. В любом случае нынешнее видение проблемы правогенеза как на ее теоретическом уровне, так и в рамках мусульманского права во многом требует критической переоценки. Одна из задач данной статьи — дать импульс этому процессу.

1. Почему не стыкуются общетеоретическая концепция правогенеза и ее исламская интерпретация?

Ответ на этот вопрос следует искать в догматизме подхода к проблеме происхождения права. Сложившийся в отечественной теоретико-правовой науке в советское время, этот подход, к сожалению, не преодолен до конца и сегодня. Уже тогда понимание проблемы становления мусульманского права не стыковалось с общетеоретической концепцией правогенеза. Основу последней в доктрине составляла работа Ф. Энгельса «Происхождение семьи, частной собственности и государства» [Энгельс Ф., 1989]. Однако в работе с таким названием проблема правогенеза рассматривалась, так сказать, «попутно». К тому же написанная во второй половине XIX в. работа в ряде аспектов устарела.

Государство и право, по Энгельсу, возникают вне религиозной формы вследствие общественного разделения труда, разложения родового строя и раскола общества на антагонистические классы. При этом возникновение права предполагает санкционирование государством части старых обычаев либо создание им новых норм в интересах правящего класса. Обязательность тех и других обеспечивается посредством аппарата государства.

Отсюда вытекало два методологически важных вывода. Во-первых, что право возникает в силу тех же причин, что и государство. Такой вывод был общим для всех советских учебников теории государства и права. На наш взгляд, он причинил немалый вред развитию теоретико-правовой науки, поскольку подменял вопрос о закономерностях становления права как юридического феномена вопросом о причинах его становления. Тем самым правогенез лишился собственного предмета исследования, превращаясь в аспект проблемы происхождения государства.

Второй вывод состоял в том, что под правом следует понимать совокупность общеобязательных норм, установленных или санкционированных государством и обеспечиваемых силой его принудительного аппарата. Выражая волю экономически господствующего класса, эти нормы наряду с государством становятся орудием его политического господства в обществе. В условиях тоталитарного советского режима такой подход являлся единственно возможным и существенно сужал методологические возможности исследования правогенеза.

Сегодня в этом вопросе сложилась парадоксальная ситуация. Так, с одной стороны, начиная с советских времен, вышло немало работ, существенно меняющих представления о правогенезе¹. С другой, новые взгляды слабо отражаются на содержании вузовских учебников по теории права и государства. Лишь в некоторых из них изложены новые подходы к проблеме². В отдельных учебниках разделов о происхождении права вообще нет³. Видимо, их авторы стремятся избежать искаженного изложения проблемы правогенеза в условиях отсутствия адекватной методологии ее исследования.

Вместе с тем в подавляющем большинстве отечественных учебников теории права и государства и сегодня проявляется влияние концепции Ф. Энгельса⁴. Иными словами, большинство авторов российских учебников теории

¹ См., напр.: [Валеев Л.Ж., 1974: 71–79]; [Синицына И.Е., 1978: 285]; [Першиц А.И., 1979: 210–240]; [Венгеров А.Б., 1983: 28–36]; [Гуревич А.Я., 1984: 350]; [Куббель Л.Е., 1988: 268]; [Дробышевский С.А., 1994: 40]; [Мальцев Г.В. (а), 1999: 7–94] и т.д.

² См., напр.: [Мальцев Г.В. (b), 1999: 27–136]; [Честнов И.Л., 2006: 43–95].

³ См., напр.: [Морозова Л.А., 2015: 144]; [Рассказов Л.В., 2015: 650].

⁴ См., напр.: [Комаров С.А., 1998: 408]; [Корельский В.М., Перевалов В.Д., 1998: 450]; [Пиголкин А.С., 2008: 485]; [Карташов В.Н., 2018: 359] и т.д.

права и государства, а также выпускников юридических вузов, изучавших этот предмет по их учебникам (которых, следует думать, тоже большинство), исходят из мнения, что право и государство возникли одновременно и в силу одних и тех же причин. Когда мы пытаемся применить это положение к проблеме возникновения мусульманского права, оно в ряде аспектов не работает. Так, согласно исламской доктрине, мусульманское право возникает по воле Аллаха. Божественные нормы шариата⁵, содержащиеся в Коране⁶ и Сунне⁷, есть основа и одновременно вершина этого права⁸.

При исследовании процесса становления шариата встают вопросы, выходящие за рамки методологии, преобладающей в наших учебниках теории права и государства. Это прежде всего вопрос, почему термин «шариат», обычно отождествляемый с понятием «право», не адекватен ему по содержанию? Почему в нем слитны разные по природе нормы — религии, морали, этикета, обычаев, права? В чем причина их слитности? Есть ли историко-культурное объяснение признанию верховенства норм шариата в системе источников мусульманского права, если в структуре шариата преобладают неправовые нормы?

Считается, что нормы шариата содержат ответы на все случаи жизни, т.е. по существу являются беспробельными. Это их свойство обычно констатируется в работах по мусульманскому праву, однако убедительного объяснения с историко-культурных позиций, на наш взгляд, не получило.

Наконец, есть еще один вопрос, который не вписывается в общетеоретическую концепцию правогенеза. Это дуалистическая структура мусульманского права. Наряду с шариатом она включает также фикх, т.е. пласт рукотворных норм и соответствующей правовой доктрины, возникший вслед за шариатом и взаимодействующий с ним в рамках мусульманского права. Взятая нами за основу общетеоретическая концепция правогенеза природу фикха объяснить не может. К вопросу о нем как элементе структуры мусульманского права, мы вернемся в третьей части данной статьи, а сейчас отметим лишь, что фикх, как и шариат, также возникает и функционирует помимо государства. Почему?

⁵ К основным понятиям ислама и мусульманского права мы еще не раз вернемся, а пока дадим их краткую характеристику. В самом общем виде, шариат (араб. — правильный путь) есть выражающий волю Аллаха комплекс предписаний религиозного, нравственного и правового характера, содержащийся в Коране и Сунне.

⁶ Коран — священная книга мусульман, основной источник исламского вероучения и мусульманского права.

⁷ Сунна — второй по значимости источник ислама и мусульманского права, содержащий предания о пророке Мухаммеде (у мусульман-шиитов — об имамах).

⁸ Строго говоря, речь идет не о мусульманском праве как таковом, а о религии ислама, стержневым элементом которой является мусульманское право.

Ответы на перечисленные вопросы возможны с позиций как религии, так и науки. Первые из них в данном случае неприемлемы по мировоззренческим соображениям. Что касается вторых, то методология, преобладающая при исследовании право- и государствовоенеза, не позволяет ни поставить их, ни дать на них ответ⁹.

В свете сказанного становится ясным, почему разделы о правооенезе в отечественных учебниках теории права и государства традиционно не касаются происхождения мусульманского права. Речь о нем заходит обычно в разделах, посвященных критике теологической теории происхождения права и государства. Эта критика ведется большей частью в рамках христианского вероуверения, со ссылками на христианских мыслителей (Августина Блаженного, Фому Аквинского и т.д.). Крайне редко объектом критики становятся также другие религии — ислам, буддизм и т.д. При этом представители исламской мысли либо не упоминаются, либо обозначаются посредством словосочетания «идеологи ислама» без упоминания их имен [Морозова Л.А., 2006: 37].

Объяснение этому в том, что авторы соответствующих разделов учебников рассматривают как однопорядковый механизм взаимодействия религии, права и государства в христианских странах и в странах исламского Востока. При этом факт отсутствия исламских авторов, пишущих на эту тему, не получает объяснения. Между тем он отражает существенные различия в природе этого механизма в тех и других странах, обусловленные различиями процессов становления в них религии, права и государства. Так, христианская религия, церковь и каноническое право, как право этой церкви, возникли в I в. н.э. в условиях развитых для того времени политической и правовой систем Древнего Рима. Каноническое право встраивалось в уже сложившееся пространство правового регулирования, что обусловило относительно узкую сферу его действия. В условиях господства религии как формы общественного сознания церковь в Средневековье боролась с европейскими королями за приоритет в сфере политической власти (теория «двух мечей»). Проблемы ее устройства и волновали христианских мыслителей.

В противоположность этому становление в обществе Западной Аравии религии ислама, а также права и государства шло, по сути, в рамках единого процесса. Мусульманское право стало здесь стержневым элементом струк-

⁹ Примером, подтверждающим это, может быть позиция выдающегося отечественного теоретика права профессора С.С. Алексеева, усомнившегося в возможности негосударственного происхождения мусульманского права, допускаемой видным российским исследователем профессором Л.Р. Сюкияйненом [Сюкияйнен Л.Р., 1979: 29–34]). Профессор С.С. Алексеев исходил из того, что положения мусульманского права приобрели юридическое значение только в результате деятельности государственных органов — законодательных и в особенности судебных. См.: [Алексеев С.С., 1994: 198].

туры ислама. Сфера его действия изначально включала все отношения раннеклассового общества, нуждавшиеся в правовой форме. Института церкви в исламе нет, тогда как акты правителя исламского государства второстепенны в системе источников мусульманского права и отражают неразвитость государства у арабов в период становления ислама и мусульманского права.

В этих условиях проблема отношений власти (т.е. государства и права) и религии ислама становилась внутренним делом этой религии. В условиях ее слитности с правом эти отношения не выходили за рамки проблем развития самого мусульманского права. О них и писали исламские мыслители. Не удивительно поэтому, что их имена обычно знают лишь специалисты в области мусульманского права.

Вопросы соотношения и взаимодействия в исламе религии, права и государства теснейшим образом связаны с проблемой правогенеза, с позиций которого их и следует рассматривать. Однако это предполагает иную методологию их исследования и иную концепцию правогенеза, нежели та, что преобладает в наших учебниках теории права и государства. Попытаемся в рамках статьи подойти к данной проблеме с таких позиций.

2. Иной теоретический взгляд на проблему становления мусульманского права, или правогенез как аспект всемирной эволюции

Итак, методология, исходящая из неразрывной связи право- и государствогенеза, не в состоянии объяснить происхождения мусульманского права. Поэтому попытаемся сделать это с позиций концепции всемирной эволюции, позволяющей увидеть этот процесс в ином свете. В теоретико-правовой литературе понятие всемирной эволюции отсутствует. Оно использовалось в смежных науках — философии, психологии и т.д.¹⁰ Это понятие означает в данном случае методологию, исходящую из необходимости исследовать социальные процессы и явления с позиций не только гуманитарных, но и естественных наук. Природа и общество рассматриваются при этом в качестве стадий единого процесса всемирной эволюции.

При исследовании проблемы с таких позиций правогенез зарождается на до- либо предсоциальной стадии этой эволюции, как элемент (аспект) процесса антропо- и социогенеза, а право возникает уже ко времени возникновения человеческого общества¹¹. Предмет исследования наряду с правовыми

¹⁰ См., напр.: [Беломестнова Н.В., Плебанек О.В., 2012: 43–52].

¹¹ Мысль о возникновении права одновременно с человеческим обществом уже высказывалась в отечественной теоретико-правовой литературе. См., напр.: [Мачин И.Ф., 1999: 81–99]; [Честнов И.Л., 2006: 43–95].

проблемами включает также проблемы неправовых научных дисциплин, при этом не только гуманитарных (антропологии, этнологии, религиоведения и т.д.), но и естественных (психологии, физиологии высшей нервной деятельности, генетики поведения и т.д.). В таком исследовании наряду с правовыми категориями используется также понятийный аппарат этих дисциплин, а правовые категории подчас приобретают специфическое содержание. Так, едва ли можно говорить о правогенезе на до- либо предсоциальной стадии всемирной эволюции. Однако уже тогда формируются важные биологические и психологические закономерности развития поведения организмов, а также механизмы его регуляции. И те, и другие в будущем проявятся в механизме действия права. Точно так же понятие «индивид» в условиях природной стадии всемирной эволюции означает живой организм, а на ее социальной стадии — личность.

Трудности такого исследования связаны с отсутствием письменных источников, пробелами в знании проблемы (которые восполняются научными гипотезами), дискуссионным характером ряда важных ее аспектов. Важнейшая и наиболее сложная из них — проблема перехода от природных механизмов регуляции поведения к социальным. Опуская суть идущей здесь острой дискуссии, отметим лишь, что будем следовать позиции выдающегося российского физиолога, профессора И.М. Сеченова, считавшего, что «все акты сознательной и бессознательной жизни по способу происхождения суть рефлексы» [Сеченов И.М., 1952: 153].

Приведенный тезис чрезвычайно важен. Объясняя происхождение «актов сознательной и бессознательной жизни», он одновременно дает инструментарий исследования их эволюции. Под этими актами мы будем понимать соответствующие акты поведения, т.е. определенным образом организованную деятельность, осуществляющую связь организма (индивида) с окружающей средой [Рубинштейн С.Л., 2015: 102].

Первичной психологической формой поведения является рефлекс, под которым понимается начальная — на уровне нервной системы — реакция организма на внешние и внутренние раздражители, проявляющаяся в его поведении. Рефлексы разделяются на условные (приобретенные) и безусловные (врожденные). Последние называются также инстинктами¹². Всякий рефлекс изначально возникает как условный. Однако воспринятый последующими поколениями данного биологического вида, он становится врожденным рефлексом или инстинктом. Условный и врожденный рефлексы

¹² «Инстинкт». См.: Терра-Лексикон: Иллюстрированный энциклопедический словарь. М.: Терра, 1998. С. 222. Психологические формы поведения присущи не только человеку, но и живым организмам, обладающим психикой (не только высшим млекопитающим). Однако в исследовательских целях выводы о закономерностях их развития мы будем рассматривать как присущие лишь человеку и его биологическим предкам.

противоположны по своей природе и направленности воздействия на поведение их носителей. Один возникает в процессе деятельности организма (индивида) и отражает накопленный им жизненный опыт, другой воспроизводит опыт прошлых поколений данного биологического вида и поэтому действует уже с момента рождения индивида; один изменчив и подвижен, другой стремится к неизменности. Однако под влиянием накопленных организмом новых, пусть и незначительных изменений (т.е. условных рефлексов) он также может изменяться [Дарвин Ч., 1986: 175].

Представляется, что механизм взаимодействия рефлексов и инстинктов лежит в основе явления, получившего в психологии название «основной психологический закон развития поведения». Вот как описывается он в одном из фундаментальных психологических исследований: «Развитие психологически различных форм поведения совершается в результате борьбы двух антагонистических, внутренне противоречивых тенденций — наследственности и изменчивости, фиксированности и лабильности. В каждой форме поведения в той или иной мере представлено как одно, так и другое... но их соотношение, мера их в ходе развития изменяется, и это изменение их меры приводит на некоторых узловых точках развития к качественным изменениям типа поведения» [Рубинштейн С.Л., 2015: 118].

Здесь мы имеем дело с новым для нас понятием — тип поведения. По мнению профессора С.Л. Рубинштейна, типы поведения различаются своей психологической природой на разных стадиях эволюционного процесса. Он выделяет три основных его разновидности — инстинктивное поведение, навыки и разумное поведение. Действительно, такая типология вполне отражает изменение типов поведения в ходе эволюции. С.Л. Рубинштейн отмечает влияние на этот процесс внутренних и внешних факторов, подчеркивая, что чем больше зависим организм от внешней среды, тем больше влияние на его поведение внешних факторов [Рубинштейн С.Л., 2015: 102, 105].

Однако эволюция регулятивного механизма поведения остается при таком подходе за рамками исследования. Она в контексте данной темы является главной. Поэтому представляется, что понятие «тип поведения» следует понимать как некую его (поведения) модель с присущим ей устойчивым соотношением указанных выше противоположных тенденций развития поведения. Тогда нам придется выявлять как закономерности развития этих тенденций, так и факторы, определяющие их соотношение на тех или иных стадиях всемирной эволюции. Думается, типов поведения, понимаемых в таком смысле, может быть три. Это, во-первых, тип поведения с доминированием тенденции к фиксированности и неизменности его норм и моделей. Другой его разновидностью будет тип поведения, отражающий доминирование противоположной тенденции — к их изменчивости и лабильности.

Наконец, в процессе эволюции неизбежна третья разновидность типа поведения, отражающая переход от первого из них ко второму. Она возникает в переходные эпохи, например, от природной стадии эволюции — к социальной, а в рамках последней — от родовой эпохи к классовой и т.д.

Всякий тип поведения формируется в результате систематического взаимодействия индивида с внешними по отношению к нему явлениями. Субъективно они отражаются его психикой и обеспечивают в своей совокупности формирование определенного типа или модели поведения. Механизм такого взаимодействия формируется еще на до- либо предсоциальной стадии всемирной эволюции в процессе борьбы организмов (индивидов) за выживание. В его основе — биологический закон, согласно которому условием существования и развития всякого живого организма является постоянное удовлетворение его жизненно важных потребностей (пищевых, половых, оборонительных и т.д.). Поэтому индивид как биологическая система должен постоянно взаимодействовать с более крупной, внешней по отношению к нему системой. Специфика этого взаимодействия состоит в том, что организм (индивид) является элементом этой системы, а она — источником удовлетворения его жизненно важных потребностей [Леонтьев А.Н., 1971: 1, 3]. В результате уже на природной стадии всемирной эволюции поведение организмов приобретает мотивированный, т.е. целенаправленный характер [Вилюнас В.К., 1986: 78]. Создается основа формирования рефлексов, инстинктов, шаблонов поведения и т.д. Поскольку в этом регулятивном механизме доминируют инстинкты, то организм (индивид) рождается уже во многом «вмонтированным» в такую систему отношений. Как ее субъект, он и ведет борьбу за выживание

Суть всемирной эволюции состоит в постепенном, растянутом на миллионы лет возрастании независимости индивида от окружающей среды. С появлением человека разумного важнейшее значение приобретает действенность орудий, которые он использует в борьбе за выживание, а также характер его мировосприятия или, на языке психологов, «образ мира».

Важно отметить, что движение от природы к обществу происходит не напрямую, а через занявшую миллионы лет стадию перехода от природного состояния к социальному [Шалютин Б.С. 2011: 15]. Сам факт существования такой стадии говорит о сложности перехода от рефлекторного восприятия мира к его восприятию посредством сознания. Отсюда существенное своеобразие мировосприятия на ранних стадиях существования человеческого общества. Так, миллионы лет, в течение которых предки человека обитали в мире природы, оставили глубокий след в сознании человека родовой эпохи. Это проявилось в ряде аспектов. Прежде всего, стадные формы существования физиологических предков человека обусловили коллективный характер

этого архаического сознания. В современной литературе явления подобного рода получили название коллективного бессознательного [Юнг К.Г., 1995: 78]. Только в данном случае указанное понятие требует корректировки, отражающей характер восприятия мира. Этот мир воспринимался тогда как одномерный. В нем не было различий между природой и обществом, миром живых и миром мертвых, отсутствовало линейное время (развитие представлялось циклическим, т.е. повторяющимся) [Лотман Ю.М., 1978: 6–7]. Составной частью этого мира были божества, духи, тотемы и т. д.

Характер мировосприятия определяется психологическим законом, согласно которому всякий психический факт воспринимается как кусок реальной действительности и одновременно как ее идеальное отражение. Совокупность психических фактов как единства реального и идеального и составляет «образ мира». Две основных его разновидности соответствуют двум противоположным тенденциям развития поведения, описанным в основном психологическом законе его развития. Так, при слитном восприятии мира нормы поведения тоже слитны. Механизм регуляции поведения исходит из фиксированности и неизменности его норм. Субъект поведения воспринимает их как часть миропорядка. Он вынужден слепо им следовать, не будучи в состоянии ни изменить, ни отменить их. Не удивительно, что мир и нормы поведения, включая ранние формы права, воспринимаются в таких обществах сквозь призму религии, лежащей в основе большинства домашних и социальных учреждений древности [Куланж Ф. де., 1903: 13, 28, 29]. Напротив, динамичное, способное к изменению общество предполагает и соответствующий механизм правового регулирования. Он исходит из подвижности и изменчивости права, которое становится продуктом человеческого разума. В этих условиях религиозная форма права перестает быть необходимой.

В первобытном обществе правила поведения могли быть только слитными. В научной литературе они получили название «мононорма». Под ней понимается недифференцированное, синкретное правило поведения, которое не может быть отнесено ни к области права, ни к области нравственности с ее религиозным осознанием, ни к области этикета, так как соединяет в себе особенности всякой поведенческой нормы [Першиц А.И., 1979: 210–240]; [Думанов Х.М., Першиц А.И., 2000: 98]. В теоретико-правовую литературу понятие мононормы пришло из этнологии и нашло как сторонников, так и противников. Споры о мононорме обычно сводятся к вопросу о возможности (или, наоборот, невозможности) слитности в ее рамках норм морали, религии и права. При этом не учитывается, что в условиях ее устного характера речь должна идти о слитности «всего со всем», т.е. «образа мира», поведенческих норм, реального поведения, психики индивидов и т.д.

В таких условиях мононорма обладала рядом существенных особенностей. Это прежде всего ее несотворимость. Люди не могли объяснить ее происхождения, в их представлении она возникала «сама собой» и поэтому имела сакральную природу. Слитность мононормы с реальным поведением обуславливала ее беспробельность, а ее инстинктивная основа — неизменность. Сфера действия мононормы выходила за рамки социальных отношений и включала также мир природы и мир сверхъестественного. Последнее обстоятельство обуславливало сакральный механизм обеспечения обязательности ее предписаний (с участием духов, божеств и т.д.). Поэтому мононорма не нуждалась в специальном аппарате, который принуждал бы к соблюдению ее предписаний.

Мононорма отразила переход от природной стадии всемирной эволюции к ее социальной стадии, а в рамках этой последней — от эпохи присваивающей экономики к эпохе экономики производящей. Неудивительно поэтому, что в современной литературе отсутствует терминологическое единство при обозначении первобытных поведенческих норм. Здесь используются такие термины, как право, обычное право, мораль, наконец, нормы [Думанов Х.М., Першиц А.И., 2000: 102]. В связи с этим возникает вопрос о правомерности использования при их обозначении терминов «право» и «обычное право».

Если под правом понимать нормы, охраняемые государством, то, конечно, ни о каком праве в эпоху мононормы речи быть не может. Но картина существенно меняется, если есть безгосударственный механизм обеспечения их обязательности. Остается определить, что в таком случае понимать под правом. При ответе на этот вопрос мы можем сослаться на выдающегося правоведа Г. Кельзена, который сравнивал право с рефлексом самовывживания в живой природе [Kelsen H., 1934: 7]. При таком подходе под правом (точнее, начальными его формами в условиях бесписьменной культуры) следовало бы понимать слитный с сознанием и поведением индивидов порядок отношений, обеспечивающий это выживание. Естественно, это право еще не выделилось из слитной структуры мононормы в самостоятельный социальный регулятор.

Обоснованность данного тезиса подтверждают два обстоятельства. Во-первых (и это надо подчеркнуть), всякое обычное право или мононорма возникает в догосударственную эпоху в сфере отношений, от которых зависит выживание человека как живого существа и как члена первобытного социума. Всюду в варварском обществе оно включает такие институты, как брак, семья, развод, наследование, собственность, возмещение вреда и т.д. Нормы, составившие позже публичное право, здесь крайне неразвиты.

Во-вторых, эти нормы имеют механизм защиты. С одной стороны, он заложен в факте сакрального восприятия мира и мононормы-обычая как его

неотъемлемой части. С другой стороны, уже в варварском обществе, т.е. еще до появления государства, функцию защиты этих норм осуществляет суд, состоящий из верхушки племенного общества. Применяемое им право в условиях бесписьменной культуры как бы «растворено» в воздухе. При необходимости его «ищут и находят» [Гуревич А.Я., 1984: 184]. Процесс его становления начинается с выделения в слитной структуре мононорм-обычаев некой совокупности норм, призванной обеспечить выживание социальной общности и потому имеющей особый механизм защиты. При этом указанные нормы по-прежнему называются обычаями. Понятия «право», «обычное право» привнесены в эту эпоху будущими исследователями. Всюду в силу слитности термины, обозначавшие обычай-мононорму, не адекватны современному европейскому понятию права [Allott A., 1964: 31]. Такое понятие возникает лишь в условиях относительно развитой государственности. Его становлению предшествует длительный период истории, когда слитное восприятие мира и обычая-мононормы как его неотъемлемой части сочетается с практикой судебного истолкования обычаев-мононорм, подчас изменявшего их содержание.

Иными словами, в рамках слитной и потому неизменной мононормы возникают зачаточные формы правотворчества, слитного с правоприменением. Они несут в себе зародыш иного, противоположного слитному мировосприятия, понимания права, а также механизмов его действия. Опять перед нами две взаимоисключающих тенденции в развитии поведения и механизмов его регуляции. Та из них, что направлена к их фиксированности и неизменности, исторически бесперспективна, но еще сильна. Противоположной тенденции — к изменчивости и подвижности — принадлежит будущее, но она только зарождается. Эта патовая ситуация порождает коллизию, состоящую в том, что возникающее право воспринимается как неотъемлемая часть слитного и неизменного мира при одновременном допущении возможности изменения отдельных обычаев-мононорм путем их судебного истолкования. Преодоление этой коллизии предполагало необходимость в связующем звене, способном «примирить» в рамках структуры мононормы противоположные тенденции ее развития. Более того, поддержание права в рабочем состоянии становилось возможным лишь при достижении равновесия между этими тенденциями. С этой проблемой и столкнулось зарождавшееся мусульманское право.

3. Правогенез и структура мусульманского права

Ислам и мусульманское право возникли в условиях перехода арабов Западной Аравии от племенного строя к строю феодальному на его раннеклас-

совой стадии. Религии, оказавшие влияние на становление ислама и мусульманского права (иудейская, христианская, зороастрийская), также возникли в раннеклассовом обществе. Оба эти обстоятельства проявились в структуре мусульманского права, где широкое заимствование культуры монономы сочеталось с весьма слабым восприятием лишь зарождавшейся правовой культуры классового общества. Первая из них исходила из циклического развития мира и его неизменности, тогда как вторая — из линейного времени и признания изменчивости социальных отношений¹³. Эта противоречивость проявилась в структуре мусульманского права. Призванная быть системно единой, она при этом включала два противоположных по природе элемента, один из которых — шариат — отражал влияние первой из указанных культур, а другой (фикх) — влияние второй. Эти культуры принципиально различались характером мировосприятия, понимания права, выступавшего еще в зародышевых формах, а также направленностью его развития.

Историко-культурный дуализм мусульманского права позволял исследовать его с позиций как той, так и другой культуры либо с той и другой позиции одновременно. Это, собственно, и происходило в течение всей истории ислама и мусульманского права. Структурная разнотипность мусульманского права, воспринимаемого как единая система, обусловила неоднозначность подходов к исследованию природы шариата и фикха, их соотношения и взаимодействия, а также вытекавших из этого выводов и оценок. Неудивительно поэтому, что немало вопросов, бывших предметом таких исследований, не имеют в исламоведческой литературе однозначных ответов. Попробуем, насколько позволяет объем статьи, коснуться некоторых из них. Они возникают прежде всего в связи с происхождением и эволюцией мусульманского права и при их теоретическом осмыслении.

Начнем с того, что в дополнение к краткому определению понятия «шариат», данному в начале статьи, добавим более развернутое. Так, ведущий отечественный специалист в области мусульманского права профессор Л.Р. Сюкияйнен понимает под шариатом совокупность закрепленных в Коране и Сунне и обязательных к соблюдению юридических, нравственных и религиозных предписаний, установленных Аллахом и переданных им людям через пророка Мухаммеда. Шариат в переводе с арабского означает прямой, правильный путь; обязательные предписания; право; закон [Сюкияйнен Л.Р. 1991: 292]. В трактовке этого термина обращают на себя внимание несовпадение его содержания с современным европейским пониманием

¹³ О значимости границы между двумя этими способами видения истории идут острые споры. Одни авторы считают, что история начинается с утверждения линейного времени, другие — что существуют два принципиально разных видения истории — линейное и циклическое. См., напр.: [Алексеев В.В., 2014: 503].

права, а также его многозначность. То и другое типично для понятий, отражающих начальные стадии становления права.

При сравнении шариата с мононормой между ними обнаруживается большое сходство. Так, и шариат, и мононорма возникают независимо от воли людей. По этой причине шариат воспринимается верующими как явление сверхъестественное — ведь его нормы выражают волю Бога. Этим обусловлена их стержневая роль в структуре мусульманского права. Божественная природа этих норм делает излишним (на момент их становления) аппарат принуждения к соблюдению их предписаний. Религиозная форма норм шариата обуславливает также их слитность, в основе которой — единство воли Аллаха, закрепленной в Коране и Сунне. Следствием слитности является неизменность норм шариата, а также включение в сферу их действия отношений не только между людьми, но также между ними и Богом. Кроме того, слитность обуславливает воспринятый от мононормы личный, а не территориальный характер действия этих норм. По сути шариат (в его изначальном виде) воспроизводит мононорму в иной форме и в иных исторических условиях.

Выше говорилось о понимании шариата как свода правил поведения мусульман на все случаи жизни, т.е. об их беспробельности. Такое их восприятие уходит корнями в первобытную эпоху, где оно обусловлено слитностью обычая-мононормы с сознанием индивидов и с их поведением. Как уже отмечалось, такая слитность предполагала восприятие отношений родоплеменного общества как неизменных. Похоже, из такого же мировосприятия исходит и текст Корана. По крайней мере, в обоснование беспробельности шариата в исламоведческой литературе обычно ссылаются на аят, в котором говорится: «Ведь мы ничего не упустили в этом Писании»¹⁴.

В обоснование беспробельности Корана приводятся также аяты, где Мухаммеду, как и иудеям с христианами, постоянно вменяется в обязанность судить лишь по тому закону, который был ниспослан Богом, поскольку «те, которые не судят по тому, что ниспослал Бог, есть вероотступники»¹⁵. «Бог создал три общины и три правовых уложения, — пишет в связи с этим американский исламовед В. Халляк, — чтобы каждая из общин следовала только своему закону». В подтверждение своей позиции он ссылается на понятие иудейской Торы, которое в одном из своих значений понимается как «закон» [Халляк В. 2020: 23].

Американский автор отождествляет священные тексты мировых религий, включая Коран, с правовыми уложениями, достаточными, чтобы каждая из религиозных общин «следовала только своему закону». При таком

¹⁴ Коран / перевод М.Н. Османова. М.: Медина, 2008. 6:38.

¹⁵ Там же. 5:44.

понимании закона его статусом обладает любая норма Корана, независимо от ее социальной природы, поскольку этот статус ей придают не содержание нормы и не способ ее принятия, а ее божественное происхождение. Закон общины ниспослан Богом и поэтому он высший закон. По этой же причине он не имеет пробелов и не подвержен изменениям — ведь изменить его может только Бог.

Однако раннеклассовое общество, в котором возник шариат, воспринималось арабами как способное к изменению. У ряда завоеванных ими народов успели сложиться правовые традиции. В этих условиях обнаружилась явная недостаточность коранических норм как правового регулятора. Она проявилась прежде всего в крайней малочисленности в тексте Корана норм правового характера¹⁶.

Требовалось серьезно расширить нормативный потенциал Корана, и он был дополнен Сунной, т.е. преданиями о словах и поступках пророка Мухаммеда. При всей их многочисленности они также оказались недостаточными. Прежде всего потому, что судебная практика периодически сталкивалась с ситуацией пробелов, когда в Коране и Сунне необходимые нормы либо отсутствовали, либо оказывались недостаточными.

Другой аспект проблемы состоял в неспособности норм шариата отражать изменения в общественных отношениях. В этих условиях Коран как ниспосланный Богом исламский судебник вступал в противоречие с реалиями жизни. Сохранение такого *status quo* означало бы возможность утраты его нормами своих регулятивных функций. Однако исправление ситуации также порождало коллизии между изменяющимися социальными отношениями и исходными основами ислама. Так, решение проблемы предполагало придание божественным по природе и потому неизменным правовым нормам Корана способности к изменению, создание механизма преодоления пробелов, поддержания мусульманского права в рабочем состоянии. Потребности жизни требовали интеграции в неподвижную структуру шариата правовой культуры, исходящей из подвижности и изменчивости права, а также способности человека создавать, изменять и отменять его нормы. По сути, все дальнейшее развитие мусульманского права было подчинено решению этой задачи, предполагавшей возникновение рукотворного, т.е. создаваемого людьми пласта мусульманского права. Но это противоречило основной посылке ислама о божественном происхождении этого права.

В условиях раннеклассового общества решением этой проблемы занимались религиозно-правовые школы или мазхабы, возникшие практически без

¹⁶ Вопрос о том, сколько их в Коране, остается неясным. Так, по мнению одних авторов, их около 500 [Халляк В., 2019: 20], по мнению других — несколько дюжин и т.д. При этом отмечается расплывчатость границ между правовыми и неправовыми аятами [Роэ М., 2019: 36, 67].

помощи государства. Объяснение этому видится в том, что процесс становления мусульманского права явно опережал становление государства. Об этом свидетельствуют два обстоятельства. Во-первых, явно незначительная роль в системе источников мусульманского права актов правителя исламского государства (канун). Во-вторых, то, что само понятие источника этого права включало не только форму выражения и закрепления правовых норм, но и способ их создания, который обычно не предусматривал участия государства. Все это говорит о том, что ко времени становления мусульманского права государственное правотворчество в арабском обществе существовало в неразвитых формах.

В суннитском исламе сложилось четыре религиозно-правовых школы. Каждая из них носит имя своего основателя. Это — ханафитская (основатель Абу Ханифа Нуман, 699–767 гг.), шафиитская (основатель аш-Шафии, 767–820 гг.), маликитская (основатель Малик ибн Анас, 708/715–795 гг.) и ханбалитская (основатель Ахмад ибн Ханбаль, 780–855 гг.) [Пиотровский М.Б., 2008: 111].

В современной исламоведческой литературе причины возникновения школ обычно сводят к факторам, являющимся в основном внешними по отношению к исламу и мусульманскому праву: это масштабность арабских завоеваний того времени, более высокий, чем у арабов, уровень социокультурного, в том числе правового развития ряда завоеванных стран, восприятие отдельными из них правовых традиций Рима, Византии, Персии и т.д.¹⁷. Конечно, указанные факторы способствовали возникновению религиозно-правовых школ, но были, на наш взгляд, вторичными. Первичные факторы состояли, по нашему мнению, в отражении структурой ислама и мусульманского права разнотипных и потому плохо совместимых культур, воплощенных в шариате и фикхе. Религиозно-правовые школы сыграли при этом роль своеобразного моста, который обеспечил их взаимодействие. Думается, без них Коран и Сунна не смогли бы выполнять своей регулятивной роли.

Правотворческие функции, которые осуществляли школы, были слитны с правоприменением. Школы в основном различались между собой в вопросе о том, в какой мере они могут отступать от священных текстов Корана и Сунны при создании новых правовых норм. Такие различия были обусловлены двумя факторами. Это, во-первых, уровень социально-экономического и культурного развития региона, в котором возникла и функционировала

¹⁷ См., напр.: [Хайдарова М.С., 1984: 38–48]; [Арсанукаева М.С., 2004: 22–26]; [Исмаилов А.Ш., 2009: 15–27]; [Артемов В.Ю., 2007: 132]; Кулиев Э., Муртазин М. и др. Исламоведение. Гл. 10. История развития исламской мысли. Основные религиозно-правовые школы в исламе. Причины возникновения мазхабов. Available at: <http://e-minbar.com/islamovedenie/book/> (дата обращения: 21.01.2021)

школа. Степень допускаемых ею отступлений от священных текстов обычно находилась в прямой зависимости от этого уровня.

Вторым фактором были различия в субъективном восприятии правовых проблем докторами ислама, представлявшими те или иные школы. По этой причине противоречия возникали не только между школами, но и внутри них¹⁸.

Коллизии между менявшимися социальными отношениями и нормами шариата решались прежде всего путем толкования этих норм в процессе правоприменения. Результатом могло быть как уточнение смысла правовой нормы, так и придание ей иного, чем прежде, содержания. В последнем случае толкование, по сути, становилось (как и когда-то при толковании моно-нормы) формой правотворчества, слитной с правоприменением. При этом слитное с религией мусульманское право по-прежнему считалось несотворимым, неизменным и беспробельным.

Практика толкования возникла уже с появлением Корана и получила название «тафсир». В применении к Сунне она называлась «истислах» или «истихсан». Позже на этой основе сформировался институт «насах» (отмена). Профессор В. Халляк объясняет его необходимость столкновением реалий жизни мусульманской общины с кораническими предписаниями. В результате вырабатывались новые варианты толкования некоторых аятов. Если они противоречили другим аятам, более соответствовавшим обычаям того времени, то они отменялись. Таким же образом могли отменяться и хадисы Сунны [Халляк В., 2020: 18, 30].

Формой толкования мусульманского права является также фетва. В самом общем виде под ней понимают заключение, даваемое муфтием, по поводу оценки какой-либо ситуации с позиций шариата и фикха¹⁹. По своей сути она также является формой правотворчества, предполагающей истолкование определенных положений шариата применительно к потребностям дня.

В ситуации пробелов нужную норму «извлекали» из священных текстов. Для этого использовали рациональные логические приемы — кьяс (рассуждение по аналогии), иджму (согласованное мнение исламской общины), рай (свободное мнение муджтахидов по тому или иному вопросу). В совокупности эти приемы получили название иджитхад²⁰. Их использование привело к созданию исламской юриспруденции, называемой фикх.

В противоположность шариату, имеющему божественную природу, фикх (араб. — глубокое понимание, знание) есть творение человеческое. Он соз-

¹⁸ См., напр.: [Роэ М., 2019: 37].

¹⁹ Подробнее см.: [Сюкияйнен Л.Р., 2001: 1153–1154].

²⁰ Иджтихад определяется также как один из принципов в исламском правоведении, а также соответствующий ему процесс рассуждения, посредством которого выводятся исламские фетвы. См.: [Арсанукаева М., 2004: 25].

дан основателями религиозно-правовых школ, их учениками и последователями. Фикх как продукт деятельности школ понимают двояко — с одной стороны, как исламскую правовую доктрину или науку юриспруденцию, предмет которой составляет нормативная сторона шариата. С другой стороны, под фикхом понимают сами нормы, регулирующие поведение мусульман и сформулированные мусульманскими правоведами в рамках различных школ фикха-доктрины. В этом смысле фикх отождествляют с мусульманским правом [Сюкияйнен Л.Р., 1991: 254–257].

Соотношение и взаимодействие шариата и фикха в рамках мусульманского права определяется двумя факторами противоположной направленности. Это, с одной стороны, концепция божественного откровения, лежащая в основе норм шариата и обусловившая их верховенство в системе источников исламского права, с другой стороны, неспособность этих норм — вне их взаимодействия с фикхом — обеспечить адекватность исламского права изменяющимся условиям жизни. Мусульманское право таким образом имеет двойное измерение. Оно остается религиозным правом, но концепция его сверхъестественного божественного происхождения с возникновением фикха перестает быть абсолютной. Более того, фикх-доктрина становится основным источником мусульманского права и стержневым элементом механизма действия этого права. По мере усложнения структуры общества мусульманское право, как юридическое явление приобретает высокую степень автономности и функционирует, по существу, порой как светское право.

Содержание понятий «шариат» и «фикх» в ходе истории изменяется. Так, с возникновением мазхабов известная часть разработанных ими норм фикха начинает рассматриваться, по сути, как продолжение шариата, сливаясь с ним в единое целое. Такая картина наблюдается, к примеру, при санкционировании мусульманского права исламским государством. Содержание понятия «шариат» при этом существенно меняется. Наряду с его изначальным смыслом — норм божественного происхождения — он начинает рассматриваться лишь в контексте определенного толка, которому следует государство. Следовательно, шариат приобретает его защиту, в которой ранее не нуждался. Если изначально его источниками были лишь Коран и Сунна, то теперь под ним понимают совокупность ниспосланных Аллахом норм, содержащихся прежде всего в Коране и Сунне [Сюкияйнен Л.Р., 1991: 292]; [Сюкияйнен Л.Р., 2001: 1155]. Оговорка «прежде всего» весьма значима в контексте данной темы и означает, что фикх есть прямое продолжение шариата. При этом религиозно-правовые школы призваны не допустить отклонения норм государственного правотворчества от принципов шариата [Саидов А.Х., 2008: 15–49].

Шариат выступает как система норм, которые, имея божественное происхождение, одновременно охраняются государством. В этих условиях «без-

государственное» и «государственное» истолкование шариата отражает две разных стадии правогенеза, предполагающих типологически различное правопонимание. О том, сколь значимы эти различия, свидетельствует, к примеру, высказывание мусульманского юриста из Судана Абдуллахи ан-Наима, по мнению которого «шариат не может оставаться религиозной системой норм, будучи закрепленным на законодательном уровне». По этой причине, — считает арабский автор, — предпочтительнее использовать термин «шариат» вместо словосочетания «исламское право». Государственное принуждение к его исполнению есть, по его мнению, «отрицание основ религиозной обязательности шариата».

Между тем в исследованиях мусульманского права историко-культурное объяснение типологических различий в истолковании шариата обычно не дается. Пример тому — высказывание немецкого исламоведа, профессора М. Роэ, который выделяет несколько значений понятия «шариат». Так, в литературе и общественных дискуссиях оно может быть синонимом понятия «исламское право». В коранической терминологии (Сура, 45:18) оно означает «прямой путь», «дорога к водопою». Вместе с тем «как специальный термин он может использоваться и в широком, и в узком смыслах, причем во многих случаях возможны оба толкования, что часто приводит к путанице. В широком смысле шариат охватывает совокупность всех религиозных и правовых норм, механизмы их формулирования и толкование предписаний ислама. Узкое понимание шариата охватывает только его правовые составляющие» [Роэ М., 2019: 31, 33, 37].

В данном высказывании проявилась существенная методологическая особенность исследований структуры мусульманского права, состоящая в стирании граней между шариатом и фикхом, рассмотрении их в качестве аспектов единого целого — мусульманского права. В приведенном примере шариат в его широком и узком смыслах должен бы отражать разные стадии правогенеза и типологически разное правопонимание («безгосударственное» и «государственное»), а механизмы формулирования и толкования правовых предписаний ислама хотя и рассматриваются как аспект шариата, но уходят корнями в область фикха. Из этого следует, что в процессе истории сложился своеобразный механизм «перетекания» шариата в фикх и наоборот.

Факты истории свидетельствуют, что подобный структурный дуализм был присущ целому ряду правовых систем древности (индусской, иудейской, зороастрийской и т.д.). Становление права начиналось в них с формирования слитной религиозно-философской системы и постепенного выделения в ее рамках собственно правовых норм. Поэтому их система источников права своей вершиной упирается «в небо», а самый древний источник является и самым важным. Правовых норм в нем либо крайне мало, либо еще вообще

нет. Основные правовые понятия отличаются многозначностью. Их познание доступно лишь избранным — пророкам, героям, поэтам и т.д. На ранних стадиях этого процесса право — еще неотъемлемый элемент космического мировосприятия и предстает как негосударственное в основе своей явление, при этом не только социальное, но и космическое. Толкование, даваемое знатоками права, и здесь является основным средством поддержания права в рабочем состоянии. Похоже, мы имеем дело со стадией правогенеза, которая теоретически еще недостаточно осмыслена.

Одним из проявлений дуализма структуры исламского права и обусловленной этим ее противоречивости было явление, получившее название «закрытие дверей (врат) иджтихада» (конец X — начало XI вв.). Под ним понимался отказ от иджтихада как средства (способа) создания новых правовых норм под предлогом того, что он выходит при этом за пределы Корана и Сунны. Иджтихад сменился таклидом (подражание, традиция), предписывавшим при возникновении проблем обращаться к трудам авторитетных ученых прошлого. Это привело к тому, что из двух противоположных тенденций, определявших развитие мусульманского права — к неизменности и к подвижности его норм, — верх взяла первая. В результате фикх в течение нескольких веков по существу не развивался.

С зарождением в странах исламского Востока капитализма, который нередко приносился извне, их правовое развитие испытывает возрастающее влияние европейской правовой культуры. Оно проявилось не только в восприятии ряда институтов европейского права, но и в проведении в Османской империи в 1869–1876 гг. первой в истории ислама кодификации норм фикха в основном ханафитского толка. Акт кодификации, получивший название Маджелла, включал определение фикха и несколько десятков его общих принципов. По мнению Л.Р. Сюкияйнена, принципы фикха являются основным аргументом в пользу существования исламского права как юридического явления в собственном смысле. Они предопределяют юридическую природу исламского права, которое может быть названо таковым не потому, что в нем воплощается божественное откровение, а на основании данных принципов. Именно принципы фикха открывают перед исламским правом возможность взаимодействовать с иными правовыми культурами на основе общности многих их юридических характеристик [Сюкияйнен Л.Р., 2018: 50].

Вместе с тем такое взаимодействие сохраняет в ряде аспектов проблемный характер. Он обусловлен прежде всего исторической разнотипностью мусульманского и европейского права. Лежащие в их основе правовые культуры исходят из принципиально различного миро- и правопонимания. Отсюда в рамках национальных правовых систем одни и те же явления и процессы могут по-разному восприниматься в зависимости от того, с позиций какой правовой культуры это делается.

Другим проблемным фактором является сохраняющаяся слитность норм шариата, сквозь призму которого и происходит взаимодействие этих культур. Так, слитное восприятие в исламе религии, морали и права делает возможным превращение понятия «правопонимание» в синоним понятия «образ жизни мусульманина». Это не только принципиально расходится с пониманием права в его европейском смысле, но подчас вызывает существенные социально-политические проблемы. Отсюда возможна ситуация, когда относительно высокий уровень развития капитализма в той или иной исламской стране сочетается со средневековым и даже раннеклассовым истолкованием политических и правовых институтов.

Восприятие одних и тех же правовых явлений разными слоями общества с позиций разнотипных правовых культур делает соотношение европейских и исламских элементов правовой системы весьма подвижным. Так, положение о государственном характере религии ислама, содержащееся практически во всех конституциях стран Ближнего и Среднего Востока, может быть истолковано и как признание верховенства конституции, придавшей исламу государственную защиту, и как верховенство ислама и мусульманского права, интегрирующих в свою структуру правовые институты европейского типа, включая конституцию. Таким образом, в рамках этого положения конституция и мусульманское право могут находиться в глазах различных частей общества (либо различных политических режимов) одновременно и «над», и «под» по отношению друг к другу.

Такая же двойственность возможна при истолковании конституционных положений о шариате как основном источнике законодательства, встречающемся в немалом числе конституций стран того же региона. В любом случае, государство приобретает здесь черты исламской религиозной общины — умма, ибо правовые, в том числе конституционные положения в условиях государственного характера ислама распространяются лишь на верующих мусульман. Верховный конституционный суд Египта при толковании положения Конституции о принципах шариата как главном источнике законодательства пришел к выводу, что под ними следует понимать не только точно определенные положения Корана и Сунны, но и основы шариата, т.е. общие принципы фикха, понимаемые как источник права в материальном смысле [Сюкияйнен Л.Р., 2019: 230].

Наконец, в этой борьбе противоположных тенденций возможен вариант отказа от конституции и провозглашения исламского характера правовой системы. Религия, слитная со сферой публичного права, выступает при этом инструментом политики, тогда как в условиях цивилизованной европейской культуры она давно изгнана оттуда и стала частным делом каждого.

Поэтому рекомендации авторов, озабоченных будущим мусульманского права, и состоящие в отказе от мазхабов или, напротив, в слиянии четырех

суннитских мазхабов в один [Арсанукаева М.С., 2004: 27], на наш взгляд, не решат проблемы. Ее решение должно состоять в преодолении слитности религии и права ислама. XX век дал пример таких преобразований в Турции при Кемале Ататюрке. Однако спустя почти столетие число таких стран не увеличилось. Более того, в постсоветском Таджикистане в 1890-х годах вспыхнула гражданская война между сторонниками и противниками исламского характера независимого таджикского государства. В свете сказанного видно, что решающим фактором в преодолении проблемы слитности мусульманского права является степень зрелости общественного сознания в той или иной исламской стране.

Заключение

Проблема рассогласованности концепции правогенеза, преобладающей в российской теоретико-правовой литературе, и ее исламской интерпретации имеет методологическую основу. Следовательно, с ее изменения и следует начинать попытку их согласования.

Подход к проблеме правогенеза с позиций всемирной эволюции принципиально меняет картину. Правогенез (как и история человечества в целом) становится одним из аспектов этой эволюции. Выясняется, что закономерности развития поведения индивидов и механизмов его регуляции имеют психофизиологическую основу. Сложившиеся еще на до- либо предсоциальной стадии всемирной эволюции, они составляют затем основу механизма действия права. Их рефлекторное происхождение обуславливает борьбу двух противоположных тенденций в процессе развития поведения — к наследственности и неизменности, с одной стороны, и к изменчивости и лабильности, с другой. Каждой из них присущ соответствующий механизм регуляции поведения. Мусульманское право возникает на почве бесписьменной культуры мононормы, воспроизводя ее основные «параметры». Его структура отражает борьбу этих тенденций. Так, шариат воспроизводит (в иных исторических условиях и потому в иной форме) основные «параметры» обычая-мононормы как социального регулятора доклассового общества (его возникновение без участия человека, слитность, неизменность, распространение сферы его действия на область сверхъестественного, отсутствие необходимости в аппарате принуждения). Фикх есть продукт проявления противоположной тенденции — к изменчивости и лабильности и, следовательно, предполагает принципиально иное правопонимание. Человек становится в нем творцом права. Однако эта тенденция проявляется в условиях продолжающегося восприятия мира как несотворимого, слитного и неизменного. Эта коллизия также унаследована исламом от эпохи обычая-

монономы. Фикх, с одной стороны, обращен в будущее, создавая (в рамках школ, или мазхабов) технику поддержания норм шариата в рабочем состоянии и соответствующую доктрину, с другой, лишь частично отступает от священных текстов шариата, следуя закрепленной в них слитности. Решение этой проблемы лежит в преодолении слитности. Однако для большинства стран исламского мира вопрос о том, как это сделать, остается открытым.



Библиография

- Алексеев В.В. (отв. ред.) Теория и методология истории. Волгоград: Учитель, 2014. 503 с.
- Алексеев С.С. Теория права. М.: БЕК, 1994. 221 с.
- Арсанукаева М. Мазхабы — школы исламской правовой мысли // Современное право. 2004. N 7. С. 52–60.
- Арсанукаева М. Суннитские мазхабы: история возникновения, особенности и перспективы развития // Религия и право. 2004. N 2. С. 22–26.
- Артемов В.Ю. Источники и доктринальные школы мусульманского права // Журнал российского права. 2007. N 3. С. 128–136.
- Беломестнова Н.В., Плебанек О.В. Сознание и культура в естественно-научной картине мира // Вопросы философии. 2012. N 10. С. 43–52.
- Валеев Л.Ж. Обычное право и начальные этапы его генезиса // Правоведение. 1974. N 6. С. 71–79.
- Васильев Л.С. История религий Востока. М.: Наука, 1999. 415 с.
- Венгеров А. Б. Значение археологии и этнографии для юридической науки // Советское государство и право. 1983. N 3. С. 28–36.
- Вилюнас В.К. Психологические механизмы биологической мотивации. М.: МГУ, 1986. 207 с.
- Гегель Г.В.Ф. Философия права. М.: Наука, 2009. 464 с.
- Гуревич А.Я. Категории средневековой культуры. М.: Наука, 1984. 350 с.
- Дарвин Ч. Происхождение видов путем естественного отбора. М.: Просвещение, 1986. 484 с.
- Дробышевский С.А. Политическая организация общества и право как явления социальной эволюции. Автореф. дис. ... д.ю.н. СПб., 1994. 40 с.
- Думанов Х.М., Першиц А.И. Монономия и начальное право // Государство и право. 2000. N 1. С. 98–104.
- Исмайлов А.Ш. Мазхабы в исламе // Исламоведение. 2009. N 2. С. 15–27.
- Карташов В.Н. Теория государства и права. Ярославль: ЯрГУ, 2018. 359 с.
- Колесников П.М. Мусульманское право в правовых системах стран Ближнего Востока. М.: РПА, 2012. 142 с.
- Комаров С.А. Общая теория государства и права. М.: Юрист, 1998. 408 с.
- Корельский В.М., Перевалов В.Д. Теория государства и права. М.: Норма, 1998. 450 с.
- Куббель Л.Е. Очерки потестарно-политической этнографии. М.: Наука, 1988. 268 с.
- Куланж Ф. де. Древняя гражданская община. М.: Сытин, 1903. 438 с.
- Леонтьев А.Н. Потребности, мотивы и эмоции. М.: МГУ, 1971. 65 с.

- Лотман Ю.М. Феномен культуры / Ученые труды Тартусского университета. Семиотика культуры. Труды по знаковым системам. Тарту: Издательство Тартусского университета, 1978. С. 3–17.
- Мальцев Г.В. (а) Очерк теории обычая и обычного права / Обычное право в России: вопросы теории, истории и практики. Ростов-на-Дону: Издательство Ростовского университета, 1999. С. 7–94.
- Мальцев Г.В. (б) Происхождение и ранние формы права и государства / Проблемы общей теории права и государства / под общ. ред. В.С. Нерсесянца. М.: Норма, 1999. С. 27–136.
- Мачин И.Ф. К вопросу о происхождении права / Проблемы теории государства и права. М.: Проспект, 1999. С. 81–99.
- Морозова Л.А. Теория государства и права. М.: Юристъ, 2015. 414 с.
- Першиц А.И. Проблемы нормативной этнографии / Исследования по общей этнографии. Сборник статей. М.: Наука, 1979. С. 210–240.
- Пиголкин А.С. (ред.) Общая теория права. М.: Проспект, 2008. 485 с.
- Пиотровский М.Б. Фикх. Шариат / Ислам. Краткий справочник. М.: Наука, 2008. С. 110–111, 132–133.
- Рассказов Л.С. Теория государства и права. Углубленный курс. М.: Проспект, 2015. 650 с.
- Роз М. Исламское право: история и современность. М.: Медина, 2019. 576 с.
- Рубинштейн С.Л. Основы общей психологии. СПб.: Питер, 2015. 705 с.
- Саидов А.Х. «Хидоя» Бурхануддина Маргинани — уникальный юридический памятник ислама / Бурхануддин Маргинани. Хидоя. Комментарии. Часть I. М.: Волтерс Клувер, 2008. С. 15–49.
- Сеченов И.М. Рефлексы головного мозга. М.: Медицина, 1952. 235 с.
- Синицына И.Е. Обычай и обычное право в современной Африке. М.: Наука, 1978. 285 с.
- Сюкияйнен Л.Р. Ал-Фикх. Аш-Шариа / Ислам. Энциклопедический словарь. М.: Медина, 1991. С. 254–257, 292–294.
- Сюкияйнен Л.Р. Общие принципы фикха как отражение юридических особенностей исламского права // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2018. N 3. С. 50–80.
- Сюкияйнен Л.Р. Фетва. Фикх / Юридическая энциклопедия / под ред. Б.Н. Топорнина. М.: Юристъ, 2001. С. 1153–1156.
- Сюкияйнен Л.Р. Фикх — источник современного права в арабских странах // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2019. N 4. С. 222–245.
- Сюкияйнен Л.Р. Шариат и мусульманско-правовая культура. М.: Наука, 1997. 99 с.
- Хайдарова М.С. Основные направления и школы мусульманского права. / Мусульманское право (структура и основные институты). Сб. статей. М.: Наука, 1984. С. 38–48.
- Халляк В. История исламских теорий права. Введение в суннитскую теорию права. М.: Издательский дом Высшей школы экономики, 2020. 463 с.
- Честнов И.Л. Исторические предпосылки государства и права / Сапельников А.Б., Честнов И.Л. Теория государства и права. СПб.: Юридический пресс центр, 2006. С. 41–95.
- Шалютин Б.С. Правогенез как фактор становления общества и человека // Вопросы философии. 2011. N 11. С. 51–62.

Энгельс Ф. Происхождение семьи, частной собственности и государства. М.: Издательство политической литературы, 1989. 240 с.

Юнг К. Г. Психология бессознательного. М.: Педагогика, 1998. 397 с.

Allott A.N. (1965) *Law and language*. London: University press, 31 p.

Pravo. Zhurnal Vyshey Shkoly Ekonomiki. 2021. No 1

Muslim Law in the Context of Law-Genesis



Gennadiy Muromtsev

Professor, Chair of the Theory of Law and State, Juridical Institute of Peoples Friendship University, Doctor of Juridical Sciences. Address: 6 Mcluhu-Maklaya Street, Moscow 117198, Russian Federation. E-mail: muromtsev@mail.ru



Abstract

The subject of this article is actually first of all in consequence of insufficient investigation of a general theoretical conception of the law-genesis in the frame of which the formation of the Muslim law can prove its correctness. Conception prevailing in Russian legal literature and proceeding from the inseparable connection between state- and law-genesis is “stall” in some aspects of this problem. The clarification of a reason for this situation is one of the purposes of this article. The other purpose is the attempt to mark a methodology of the investigation of a problem of a law-genesis — on its theoretical level and in reference to Muslim law. Author examines law-genesis in the context of a world evolution. In the frame of this approach to social factors of the origin of the law preceded the natural factors of the same character and a thesis about the origin of the law at the same time as a human society stands as a starting. A conclusion that the law-governed nature of the development of the behavior and of the mechanisms of its regulation was formed into the natural stage of the world evolution -this conclusion acquires the most importance. They arise in the form of reflexes and then were perceived by the sincrete norms of the custom-mononorm. In his way sharia as a basis of the Muslim law perceived in general in the new historical condition thus parameters of the mononorm as over natural character of its origin, sincretism of its norms, immutable, the absence of the necessity of the apparat which is possible to compel to observe the norms of the charia. A structure of the Muslim law reflects also an influence of the conceiving civilization. Typically various character of this legal cultures stipulates the necessity of the religious-legal schools as a connection section between immutable norms of the sharia and the changeable social relations. As a result, the Islamic jurisprudence, or fikh appears. In a character of functions of this schools which are direct to maintenance in working conditions of the sincret norms of the sharia author sees the law-governed phenomenon which is typical for an early-class system of law and not enough theoretically comprehend. Today the structure of the Muslim law includes also any elements of the early-class epoch.



Keywords

over-world evolution; main psychological law of behavior development; law-genesis; mononorm; Muslim law; sharia; fikh.

For citation: Muromtsev G.I. (2021) Muslim Law in the Context of Law-Genesis. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 1, pp. 80–106 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2021.1.80.106



References

- Alekseev S.S. (1994) *Theory of law*. Moscow: BEK, 221 p. (in Russian)
- Alekseev V.V. (ed.) (2014) *Theory and methodology of law*. Volgograd: Uchitel', 503 p. (in Russian)
- Allott A.N. (1965) *Law and language*. London: University press, 31 p.
- Arsanukaeva M. (2004) Mashaby — schools of Islamic legal thought. *Sovremennoe parvo*, no 7, pp. 52–60 (in Russian)
- Arsanukaeva M. (2004) Sunni Mashaby: origin and development. *Religiya i pravo*, no 2, pp. 24–26 (in Russian)
- Artemov V.U. (2007) Sources and doctrines of Muslim law. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 3, pp. 128–136 (in Russian)
- Belomestnova N.V. Plebanek O. V. (2012) Conscience and culture in scholar worldview. *Voprosy filosofii*, no 10, pp. 43–52 (in Russian)
- Chestnov I.L. (2006) Historical causes of state and law. In: *Teoriya gosudarstva i prava*. Saint Petersburg: Peter Press, pp. 41–95 (in Russian)
- Darvin Ch. (1986) *Origin of Species by Means of Natural Selection*. Moscow: Prosvechenie, 484 p. (in Russian)
- Drobischevskiy S.A. (1994) Political organization of society and law. Doctor of Juridical Sciences Summary. Saint Petersburg, 40 p. (in Russian)
- Dumanov H.M., Perschiz A.I. (2000) Mononorm and initial law. *Gosudarstvo i pravo*, no 1, pp. 98–104 (in Russian)
- Engels F. (1989) *Origin of family, private property and state*. Moscow: Politizdat, 240 p. (in Russian)
- Gegel G. (2009) *Philosophy of law*. Moscow: Nauka, 415 p. (in Russian)
- Gurevich A.Ya. (1984) *Categories of medieval culture*. Moscow: Nauka, 350 p. (in Russian)
- Ismaylov A.Sh. (2009) Mashaby in Islam. *Islamovedenie*, no 2, pp. 15–27.
- Jung K. (1998) *Psychology of the Unconscious*. Moscow: Pedagogika, 397 p. (in Russian)
- Kartaschov V N. (2018) *State and law theory*. Yaroslavl: University, 359 p. (in Russian)
- Khaidarova M.S. (1984) Major theories and schools in Muslim law. *Muslim Law (structure and institutions)*. V.E. Chirkin, L.R. Sjukiyainen (eds.). Moscow: Nauka, pp. 38–48 (in Russian)
- Khallyak V. (2020) *History of Islamic legal theories*. Moscow: HSE, 463 p. (in Russian)
- Kolesnikov P.M. (2012) *Muslim law in legal systems of the Middle East*. Moscow: Russian Legal Academy, 142 p. (in Russian)
- Komarov S.A. (1998) *General theory of state and law*. Moscow: Jurist, 406 p. (in Russian)
- Korel'skiy V.M., Perevalov V.D. (1998) *Theory of state and law*. Moscow: Nauka, 450 p. (in Russian)
- Kubbel L. (1988) *Essays on political ethnography*. Moscow: Nauka, 268 p. (in Russian)
- Kulanzh F. de (1903) *Ancient civil community*. Moscow: Sytin, 405 p. (in Russian)

- Leontyev A.N. (1971) *Necessities, motives and emotions*. Moscow: MGU, 65 p. (in Russian)
- Lotman Yu.M. (1978) Phenomenon of culture. *Uchenie trudi Tartusskogo universiteta*, no 10, pp. 3–17 (in Russian)
- Machin I.F. (1999) On the origin of law. In: Issues of theory state and law. M. N. Marchenko (ed.). Moscow: MGU, pp. 81–99 (in Russian)
- Maltsev G.V. (1999) (a) Customary theory and common law. In: Law in Russia: theory, history and applying. Rostov: University, pp. 7–94 (in Russian)
- Maltsev G.V. (1999) (b) Origin and early forms of law and state. In: Aspects of theory of state and law. V. S. Nersesjants (ed.). Moscow: Norma, pp. 27–115 (in Russian)
- Morozova L.A. (2015) *Theory of state and law*. Moscow: Yurist, 414 p. (in Russian)
- Perschiz A.I. (1979) Aspects of normative ethnography. *Issledovaniya po obschei etnografii*. Moscow: Nauka, pp. 210–240 (in Russian)
- Pigolkin A.S. (ed.) (2008) *General theory of law*. Moscow: Prospekt, 485 p. (in Russian)
- Piotrovskiy M.B. (2008) Fikh. Shariat. *Islam. A manual*. Moscow, pp. 110–111, 132–133 (in Russian)
- Rasskasov L.S. (2015) *Theory of state and law*. Moscow: 650 p. (in Russian)
- Roe M. (2019) *Islamic law: history and modern times*. Moscow: Medina, 576 p. (in Russian)
- Rubinshtein S.L. (2015) *Basics of psychology*. Saint Petersburg: Piter, 705 p. (in Russian)
- Saidov A.H. (2008) Hidoya by Burharuddin Marginani as a unique juridical monument of Islam. Moscow: Wolters Kluwer, pp. 15–49 (in Russian)
- Sechenov I.M. (1952) *Selected works*. Moscow: Meditsina, 235 p. (in Russian)
- Sinitsina I.E. (1978) *Customary law in modern Africa*. Moscow: Nauka, 285 p. (in Russian)
- Sukiyainen L.R. (1991) Al-Fikh. Sharia. In: Islam. Encyclopedia. Moscow: Medina, pp. 254–257, 292–294 (in Russian)
- Sukiyainen L.R. (2018) Fiqh as a reflection of legal features of Islamic law. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 50–80 (in Russian)
- Sukiyainen L.R. (2001) Fetva. Fiqh. Shariat. In: *Yuridicheskaya entsiklopediya*. Moscow: Yurist, pp. 1153–1156, 1197–1198 (in Russian)
- Sukiyainen L.R. (2019) Fiqh as a source of modern law in Arabic countries]. *Pravo. Zhurnal vysshey shkoly ekonomiki*, no 4. pp. 222–245 (in Russian)
- Sukiyainen L.R. (1997) Shariat and muslim legal culture. Moscow: Nauka, 99 p. (in Russian)
- Schalyutin B.S. (2011) Genesis of law as a factor of the development of society and humanity. *Voprosi filosofii*, no 11, pp. 51–62 (in Russian)
- Valeev L.Zh. (1974) Common law and initial stages of its genesis. *Pravovedenie*, no 6, pp. 71–79 (in Russian)
- Vasilyev L.S. (1999) *A history of Eastern religions*. Moscow: Nauka, 415 p. (in Russian)
- Vengerov A.B. (1983) Ethnography and archeology for legal science. *Sovetskoe gosudarstvo i pravo*, no 3, pp. 28–36 (in Russian)
- Viljunas V.K. (1986) *Psychological mechanisms of biological motivation*. Moscow: MGU, 207 p. (in Russian)