

Конституционный статус шариата как источника законодательства в арабских странах¹



Л.Р. Сюкияйнен

профессор кафедры теории и истории права факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», доктор юридических наук. Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, Мясницкая ул., 20. E-mail: Lsukiyainen@hse.ru



Аннотация

Статья посвящена анализу положений конституций арабских стран, касающихся статуса шариата как источника законодательства, и практики их толкования органами конституционного контроля. Конституции практически всех указанных стран провозглашают ислам государственной религией. Такой принцип арабские правоведы понимают неодинаково. Преобладает точка зрения, согласно которой закрепление роли шариата в правовой системе требует его конституционного признания в качестве источника законодательства. Данный статус шариата отражен в арабских конституциях в различных формах. Некоторые из них предусматривают, что шариат является главным источником законодательства, используя в арабском оригинале текста конституции термин «главный источник» в грамматически неопределенном состоянии. В отдельных странах сложилась судебная практика толкования таких статей конституции при рассмотрении исков о конституционности законодательства, противоречащего шариату. Федеральный верховный суд ОАЭ пришел к выводу, что конституционное положение о шариате как главном источнике законодательства обращено к законодателю, а не к суду. Поэтому шариат следует понимать в качестве материального (исторического) источника права. В то же время, ссылаясь на данное предписание конституции вместе с положениями законодательства о судах, орган конституционного контроля ОАЭ обосновал возможность прямого применения норм шариата как формального (юридического) источника права. Собственный опыт конституционного закрепления статуса шариата накопил Египет. Конституция 1971 г. первоначально определяла принципы шариата как главный источник законодательства, но после внесения в нее изменений по итогам референдума 1980 г. стала квалифицировать данные принципы в качестве ведущего источника законодательства. Верховный конституционный суд Египта пришел к выводу, что данное положение конституции обращено к законодателю, а противоречащие шариату законы, вступившие в силу до изменения конституции, продолжают действовать и являются конституционными, поскольку во время их принятия шариат не был признан ведущим источником законодательства. Свообразием отличается роль шариата как источника права в правовых системах Саудовской Аравии и Ливии. В целом место шариата в правовом развитии современных арабских стран зависит от многих факторов. Однако его роль определяется преимущественно законодателем, в первую очередь на конституционном уровне.



Ключевые слова

ислам, шариат, фикх, арабские страны, конституция, законодательство, источник, суд, конституционный контроль, правовая система.

¹ Статья подготовлена в ходе исследования № 16-01-0017 «Исламское государство: правовые основы и современная практика» в рамках Программы «Научный фонд НИУ ВШЭ в 2016–2017 гг. и с использованием субсидии на государственную поддержку ведущих университетов России в целях повышения их конкурентоспособности среди ведущих мировых научно-образовательных центров, выделенной НИУ ВШЭ.

Библиографическое описание: Сюкияйнен Л.Р. Конституционный статус шариата как источника законодательства в арабских странах // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2016. № 4. С. 205–222.

JEL: K1; УДК: 342

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.4.205.222

Исламское право оказало глубокое влияние на становление и развитие правовых систем арабских стран. Сфера его действия и сегодня остается весьма широкой². Более того, с 1970-х гг. во многих из них позиции исламского права усилились, что в значительной степени связано с конституционным признанием ислама государственной религией, а шариата — источником законодательства. Такой статус шариата и его место в современных правовых системах мусульманских стран в последнее время привлекают внимание в связи с обсуждением проблем исламского государства и перспектив возрождения халифата³. Мусульманские праведы видят основной признак исламской власти именно в реализации предписаний шариата, а это напрямую зависит от его конституционного статуса в качестве источника законодательства.

Ислам — государственная религия

Есть несколько критериев отнесения той или иной страны к числу арабских государств. Формальные юридические признаки дают весомые основания считать арабскими те страны, которые являются членами Лиги арабских государств. Сегодня их количество составляет 22. Среди них 18 собственно арабских государств. Кроме того, в данную организацию входит Палестина, не обладающая международно-признанным государственным суверенитетом, а также Джибути, Коморские острова и Сомали, где арабский язык является одним из официальных.

Конституции или документы конституционного характера подавляющего большинства указанных стран устанавливают, что ислам является государственной религией. Самым заметным исключением является конституция Ливана (1926). Еще до недавнего времени население данной страны делилось почти поровну на мусульман и христиан. В последние десятилетия доля мусульман (прежде всего, шиитов) существенно возросла, однако здесь до сих пор сохраняется действие Национального пакта (1943), предусматривающего распределение ключевых государственных постов в определенной пропорции между приверженцами различных религий. Такая специфика конфессиональной карты, политической системы и формирования органов государственной власти Ливана предопределяет отсутствие указания на ислам в конституции страны.

Особенности исторического развития и религиозного состава населения, а также характер политического режима объясняют тот факт, что Конституция Сирии (2012) также не объявляет ислам государственной религией. Вместо этого предусматривается, что ислам является религией президента республики. Конституция Союза Коморских

² О понятии исламского права и его месте в современных правовых системах см.: Сюкияйнен Л.Р. Исламское право: взаимодействие юридического и религиозного начал // Ежегодник либертарно-юридической теории. Выпуск 1. 2007. С. 97–106; Он же. Исламское право в правовых системах мусульманских стран: от доктрины к законодательству // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2008. № 2. С. 97–109.

³ См.: Сюкияйнен Л.Р. Современная исламская правовая мысль о халифате и гражданском государстве с исламской ориентацией // Северо-Кавказский юридический вестник. 2016. № 2. С. 7–19.

Островов (2001) в соответствии с поправками 2009 г. ссылается на ислам как государственную религию в преамбуле, а не в основном тексте. Конституция Джибути (1992) также первоначально содержала характеристику ислама в качестве государственной религии в преамбуле. Но поправка 2010 г. перенесла это положение в ст. 1 Конституции. Временная конституция Сомали (2012) отличается спецификой, поскольку закрепление ислама в качестве государственной религии она сопровождает запретом на исповедание в стране иной религии (ст. 2). Кроме того, Конституция Мавритании (1991) называет ислам религией не только государства, но и народа, одновременно провозглашая страну исламской республикой (ст. 1, 5). Наконец, конституции ОАЭ (1996) (ст. 7) и Ирака (2005) (ст. 2) квалифицируют ислам как официальную государственную религию. В Ливии после смены режима М. Каддафи конституция до сих пор не принята. Здесь действует Конституционная декларация (2011), в которую неоднократно вносились изменения. Этот акт провозглашает Ливию демократическим независимым государством, религией которого является ислам (ст. 1). Аналогичное положение включено и в проект Конституции, разработанный в 2014 г.

Существенными особенностями отличается Королевство Саудовской Аравии, где роль фактической конституции отводится Основному низаму о власти (1992). Такое необычное название акта, стоящего в одном ряду с конституциями других арабских стран, объясняется особой ролью ислама в политической жизни королевства и его правовой системе. Здесь для обозначения нормативно-правовых актов и принимающих их государственных органов официально не употребляются термины «законодательство» и «законодатель», поскольку единственным истинным законодателем считается Аллах, а законодательством — шариат. Термин «закон» также не используется по той причине, что в арабском языке для его обозначения применяется заимствованное слово «канун», которое ассоциируется с чуждой западной правовой культурой. По такой концепции считается, что Саудовское государство осуществляет не законодательную в точном смысле власть, а обладает лишь регламентарными полномочиями в рамках шариата. Этим объясняется выбор термина, использованного в названии упомянутого акта: одним из значений арабского слова «низам» является «регламент».

Основной низам содержит немало положений, закрепляющих особый статус ислама. В частности, в его ст. 1 говорится, что Королевство Саудовской Аравии является арабским, исламским суверенным государством, чьей религией выступает ислам, а конституцией — Книга Всевышнего Аллаха (т.е. Коран) и Сунна его Посланника. Одновременно установлено, что король обязуется осуществлять власть по этим священным источникам шариата (ст. 6), а саудовское общество строится на основе строгого следования всех его членов воле Аллаха (ст. 11). Государство защищает основы веры ислама, а также несет обязанность призыва к следованию по пути Аллаха (ст. 23). Защита основ исламской веры провозглашена обязанностью каждого гражданина (ст. 34).

Следует иметь в виду, что конституции многих арабских стран ограничиваются провозглашением ислама государственной религией и ничего не говорят о шариате. По вопросу соотношения конституционного статуса ислама и шариата арабские правоведы выражают различные точки зрения. Например, по мнению известного египетского ученого Авада Мухаммада Авада, положение конституции о государственном характере ислама лишено юридического смысла и по существу лишь означает, что большинство граждан данного государства исповедует ислам, признаваемый в таком качестве государством. Недостаток данного предписания заключается в игнорировании особенностей ислама, который является не только религией и образом мысли, но и выступает в

виде системы правовых норм. Указанное же конституционное положение, считает Авад Мухаммад Авад, искусственно отрывает догматические основы и культовые нормы ислама от юридических правил поведения, что не соответствует его природе универсальной системы социального регулирования. Поэтому конституционная формула, закрепляющая лишь государственный характер ислама, провозглашает лишенный правового содержания лозунг, поскольку не обязывает государство брать шариат за основу при подготовке законодательных актов. В итоге там, где конституция не идет дальше объявления ислама государственной религией, правотворческий процесс вполне естественно не ориентируется на соответствие принимаемых законов шариатским критериям⁴.

Некоторые арабские правоведы придерживаются иного толкования положения конституции о государственном характере ислама. Так, сирийский специалист по конституционному праву Ж. Джаббур утверждает, что указанная норма логически предполагает признание шариата источником законодательства. Закрепление данного статуса шариата излишне, если конституция уже придала исламу государственный характер⁵.

Такую точку зрения не разделяет большинство арабских ученых-юристов. Они полагают, что возрождение исламских юридических норм в качестве стержня действующего права предполагает прежде всего сознательную политику, направленную на исламизацию правовой системы. По мнению Мухаммада аз-Зухейли, временное отступление от этой линии оправдано только постепенностью претворения норм шариата на уровне позитивного законодательства той или иной страны, конечно, при условии стремления власти проводить такую политику. Одно провозглашение ислама государственной религией этой задачи не решает. Достижение данной цели требует конституционного закрепления статуса шариата как источника законодательства⁶.

Арабские конституции о шариате

В настоящее время конституции большинства арабских стран предусматривают, что шариат или фикх⁷ являются источником законодательства. Впервые об этом говорилось в сирийской Конституции (1950). Затем аналогичное положение восприняла Конституция Кувейта (1962), а с начала 1970-х гг. по сходному пути пошли конституции и многих других арабских стран. Сегодня конституции 14 из 22 стран-членов ЛАГ в том или ином виде признают шариат источником законодательства.

Важно иметь в виду, что в формах закрепления этого положения наблюдаются заметные расхождения, которые могут иметь серьезное правовое значение и объясняют неодинаковую трактовку указанного статуса шариата в различных арабских странах. В большинстве из них конституции говорят о шариате как главном источнике законодательства с использованием в арабском оригинале текста слов «главный источник» без определенного артикля. Такой на первый взгляд мелкой лингвистической детали, как будет показано, в отдельных странах придается глубокий правовой смысл.

⁴ См.: Авад Мухаммад Авад. Задачи арабского законодателя в свете конституционных статей, признающих исламский шариат источником законодательства // Дирасат кануниййа. Бенгази. 1973. № 3. С. 11–13 (на араб. яз.).

⁵ См.: Джаббур Ж. Арабизм и проявления приверженности иным ценностям в современных конституциях арабских стран. Дамаск, 1976. С. 97–98 (на араб. яз.).

⁶ См.: Мухаммад аз-Зухейли. Права человека в исламе. Сравнительное исследование. Дамаск – Бейрут, 1997. С. 366 (на араб. яз.).

⁷ О различении понятий «шариат» и «фикх» см.: Сюкияйнен Л.Р. О соотношении шариата и фикха // Минарет. Российский журнал исламской доктрины. 2009. № 3-4 (21-22). С. 13–21.

Данная формулировка включена в конституции Бахрейна, Ирака, Катара, Кувейта, ОАЭ, Палестины. Особенностью Конституции Сирии (2012) является то, что главным источником (без определенного артикля) законодательства она признает не шариат, а фикх. Впрочем, выбор между ними не имеет принципиального значения. Вне зависимости от используемого термина рассматриваемое конституционное положение толкуется таким образом, что в соответствующих статьях Конституции речь идет о признании шариата не единственным и даже не ведущим, а лишь одним из тех источников законодательства, которые отнесены к главным. Такая трактовка исходит из понимания шариата и фикха как синонимов.

Например, в пояснительной записке к Конституции Кувейта подчеркивается, что в ее ст. 2 под шариатом, по сути, подразумевается фикх, которому и отводится роль главного источника законодательства. Это означает, что законодатель должен ориентироваться на фикх как приоритетный источник. Однако это не мешает ему при формулировании норм обращаться к другим источникам в поиске решения вопросов, по которым фикх не разработал собственных правил. Более того, такое вполне возможно при разработке законодательства, если использование вместо шариата иных источников вызывается потребностями естественного исторического развития. Например, данная конституционная формулировка позволяет использовать образцы общепринятого современного уголовного законодательства даже при наличии в шариате точно установленных санкций за отдельные преступления⁸.

Такое заимствование нельзя допустить, если в конституции⁹ термин «главный источник» используется с определенным артиклем. Ведь подобная формулировка означает невозможность обращаться к какому-либо другому источнику по любому вопросу, по которому шариат (фикх) предлагает готовую альтернативную норму. Это, в свою очередь, может создать для законодателя большие сложности, когда практическая целесообразность заставляет его временить с обязательным следованием выводам фикха. Например, это касается корпоративного законодательства или введения правовых норм в области страхования, банковской деятельности, кредитных отношений, уголовной ответственности за те преступления, санкции за которые в однозначной форме установлены в шариате, и т.д.

В то же время в документе подчеркивается, что предусмотренная кувейтской Конституцией формулировка открыто и недвусмысленно обязывает законодателя обращаться к нормам исламского шариата в той мере, в какой это возможно. Она не только не препятствует, но способствует включению в действующую правовую систему шариатских норм по всем вопросам, когда законодатель сочтет это своевременным и необходимым¹⁰. В Кувейте неоднократно предпринимались попытки внести изменения в Конституцию, добавив определенный артикль к словам «главной источник» законодательства, в роли которого выступает шариат. В 1973 и 1975 гг. группа депутатов Национального собрания вносила соответствующие законопроекты. В 1980 г. с аналогичным предложением выступили несколько членов комиссии, созданной для разработки изменений в конституции. Однако Национальное собрание ни разу такую идею не поддержало¹¹.

⁸ Об исламском уголовном праве и точно установленных в шариате санкциях см.: Сюкияйнен Л.Р. Исламское уголовное право: от традиционного к современному // Российский ежегодник уголовного права. СПб, 2008. С. 571–596.

⁹ Имеется в виду конституция как документ вообще.

¹⁰ См.: Управление фетв и законодательства. Собрание кувейтского законодательства. Ч. 5. Кувейтская конституция, Пояснительная записка и иные законы. Эль-Кувейт, 1994. С. 59 (на араб. яз.).

¹¹ См.: Ибрахим Дуэдж ас-Сабах. Исламская легитимность и конституционная законность. Каир, 2000. С. 318–327 (на араб. яз.).

В настоящее время при Эмире страны действует образованная в 1990-х гг. Высшая консультативная комиссия по окончательному претворению норм шариата. Однако разработанные ею проекты приведения законодательства в соответствие с шариатом до сих пор не получили официального признания. Лишь отдельные предложения Комиссии были частично учтены при разработке нового законодательства — например, при включении специального раздела об исламских банках в закон о Центральном банке и денежном обращении.

В некоторых других арабских странах конституционное провозглашение шариата главным источником (без определенного артикля) законодательства не вызывает дискуссий, является общим заявлением и не влияет на действующее право. Так, по свидетельству Ж. Джаббура, придание фикху статуса главного источника законодательства конституциями Сирии 1950 и 1973 гг. имело не буквальное значение, а рассматривалось как альтернатива закреплению государственного характера ислама, поскольку последний принцип не отличается смысловой однозначностью¹². Актуальность такой оценки подтверждается тем, что указанная норма, воспринятая и ныне действующей Конституцией Сирии, носит характер декларативного лозунга и не придает исламской направленности правовой системе страны. Наоборот, здесь продолжается курс на заимствование западных моделей законодательства.

Однако позиция сирийского законодателя, фактически игнорирующего шариат вопреки конституционной норме, существенно отличается от правовой политики, проводимой в других арабских странах, чьи конституции закрепляют шариат в качестве главного источника законодательства, формулируя в арабском оригинале слова «главный источник» грамматически в неопределенном состоянии. Среди них есть государства, в правовых системах которых, не в пример Сирии, предписания шариата играют активную роль. Здесь юридическому смыслу конституционных статей о шариате придается большое значение. В отдельных странах сложилась традиция толкования таких статей при рассмотрении исков о конституционности законодательства, противоречащего шариату. Лидером в этом отношении являются ОАЭ. Такой вывод подтверждается судебной практикой.

Шариат — главный источник законодательства: позиция Федерального верховного суда ОАЭ

Судебное толкование конституционного статуса шариата в этой стране имеет нюансы в зависимости от того, идет ли речь о возможности прямого применения норм шариата по вопросам, не урегулированным законом, или об оценке конституционности законодательства, содержащего очевидно противоречащие шариату положения. Приведем типичный пример первого из отмеченных вариантов толкования шариата в качестве источника законодательства органом конституционного контроля ОАЭ.

В 1980 г. апелляционный суд эмирата Абу-Даби рассмотрел жалобу прокурора на решение уголовного суда первой инстанции, который на основании Закона эмирата Абу-Даби № 8 (1976) об алкогольных напитках приговорил лицо, сознавшееся в употреблении спиртных напитков, к телесному наказанию в соответствии с шариатом. При этом уголовный суд сослался на ст. 75 Закона № 10 (1973) о Федеральном верховном суде (далее — Закон о ФВС). В соответствии с ней данный судебный орган должен применять нормы шариата, а также федеральное законодательство и законы эмиратов-субъектов

¹² См.: Джаббур Ж. Указ. соч. С. 101.

федерации при условии их непротиворечия нормам шариата при рассмотрении всех дел, в том числе касающихся оценки конституционности законов. Обращение к этому акту уголовный суд объяснил тем, что Закон о ФВС как высшей судебной инстанции в стране выступает основой всех остальных законов. Поэтому при разрешении указанного дела об употреблении алкоголя надлежит применять нормы шариата. На этом основании он приговорил обвиняемого к телесному наказанию, как того требует шариат.

С приговором не согласился прокурор, который обжаловал его в апелляционный суд, требуя применения по указанному делу не норм шариата, а положений упомянутого Закона об алкогольных напитках. Свою позицию он обосновывал тем, что решение уголовного суда соответствует шариату, но противоречит данному акту. Между тем, по его мнению, указанный суд в качестве общей судебной инстанции вправе применять только предписания закона. Одновременно прокурор напомнил, что на момент подачи жалобы по решению главы государства суды были уполномочены применять нормы шариата лишь за убийство, прелюбодеяние, изнасилование, гомосексуализм и кражу. Употребление спиртных напитков в данный перечень не входит и поэтому должно наказываться по указанному выше Закону.

В ходе рассмотрения жалобы прокурора апелляционный суд обратил внимание, что ст. 8 Закона № 6 (1978) о создании федеральных судов предусматривает применение данными органами норм шариата, федерального и субъектного законодательства, а также обычаев и общих правовых принципов, не противоречащих нормам шариата. В силу этого суды ОАЭ в принципе вправе выносить решения на основе шариата, который за употребление алкоголя предусматривает санкцию в виде телесного наказания (40 или 80 ударов). Установленная Аллахом, она не подлежит замене иной мерой наказания по воле государства. Виновный в данном преступлении не может быть освобожден от шариатской ответственности, поскольку речь идет о посягательстве на права Аллаха, а не его рабов.

Тем не менее Закон № 8 (1976) вместо предусмотренного шариатом наказания установил за употребление алкоголя другую санкцию. В результате возникает противоречие между стоящим на более высокой ступени законом, которым является шариат, и нижестоящим законом одного из эмиратов. Отталкиваясь от такой оценки, апелляционный суд обратился в Федеральный верховный суд с просьбой рассмотреть вопрос о конституционности ст. 17 Закона № 8 Абу-Даби об алкогольных напитках на основании того, что предусмотренные ею меры ответственности противоречат шариату, который в соответствии со ст. 7 Конституции ОАЭ является главным источником законодательства¹³.

В 1981 г. Федеральный верховный суд вынес решение по данному вопросу. В нем он не рассматривал приговор уголовного суда по существу, а оценивал соответствие Конституции указанного Закона об алкогольных напитках в целом и в частности ст. 17, на которую ссылался суд первой инстанции в обоснование применения шариатской санкции. ФВС указал, что ст. 7 Конституции ОАЭ, провозглашая шариат главным источником законодательства, устанавливает тем самым общий принцип, отражающий волю учредителей Конституции. Его обязана соблюдать законодательная власть при принятии законодательства, которое надлежит черпать главным образом из шариата на том основании, что ислам является государственной религией. При этом отражение положений шариата в законодательстве выступает задачей, которую решает исключительно законодательная власть, а не суд. Такой подход предопределяет толкование законодательных актов, а также их оценку как соответствующих или несоответствующих

¹³ См.: «Аль-Адаля». Абу-Даби, 1980. № 24. С. 134–137.

Конституции. Одновременно было подчеркнуто, что законодательная власть ОАЭ настойчиво стремится к тому, чтобы законодательство черпалось непосредственно из положений шариата или соответствовало им.

С этой целью ст. 75 Закона о ФВС предусматривает, что данный судебный орган при осуществлении своих полномочий по рассмотрению дел и оценке конституционности законодательства применяет нормы шариата, а также законы Федерации и эмиратов-членов, которые соответствуют положениям шариата. Исходя из этого, ФВС изучил ст. 17 Закона Абу-Даби № 8 об алкогольных напитках, согласно которой лицо, находящееся в общественном месте или на общей дороге в состоянии очевидного опьянения, наказывается лишением свободы и штрафом. Суд обратил внимание на то, что указанная статья устанавливает уголовную ответственность любого лица вне зависимости от его религиозной принадлежности за факт нахождения в общественном месте в состоянии очевидного опьянения, что само по себе является преступлением. При этом речь не идет об употреблении алкоголя, составляющим самостоятельное преступление, за совершение которого шариат предусматривает для мусульманина санкцию в виде телесного наказания независимо от опьянения и вне связи с нахождением в общественном месте.

С позиции ислама между мерами ответственности за два указанных деяния есть принципиальная разница. Если санкция за употребление алкоголя является точно определенной шариатом, то наказание за нахождение в состоянии опьянения в общественном месте шариат в однозначном виде не предусматривает, а относит его назначение к полномочиям власти.

Федеральный верховный суд пришел к выводу, что мера ответственности, предусмотренная ст. 17 Закона № 8, установлена властью в рамках ее компетенции и не противоречит шариату, который не знает точного наказания за деяние, указанное в данной статье. Поэтому рассматриваемое законодательное положение не нарушает шариата и, следовательно, Конституции ОАЭ. При этом было подчеркнуто, что такую оценку не ставит под сомнение отсутствие в Законе санкции в отношении мусульманина за употребление алкоголя, даже если оно не привело к очевидному опьянению, поскольку мера ответственности за такое преступление может быть найдена в ином законодательстве¹⁴.

Нельзя не заметить, что в данном решении ФВС обошел вопрос о возможности применения санкции за употребление алкоголя мусульманином по шариату в виде телесного наказания, если мера наказания за это преступление прямо не предусмотрена действующим законодательством. Данное упущение, очевидно, объясняется тем, что Суд решал иной вопрос — иск о конституционности наказаний, предусмотренных ст. 17 Закона № 8 об алкогольных напитках, с позиции их соответствия шариату. Однако в другом решении, касающемся оценки иного положения того же Закона, орган конституционного контроля восполнил указанный пробел.

В январе 1983 г. Федеральный верховный суд рассмотрел дело о конституционности ст. 13 упомянутого Закона Абу-Даби № 8 об алкогольных напитках. Поводом обращения к нему явился приговор уголовного суда, который в апреле 1982 г. назначил обвиняемому в употреблении алкоголя наказание в виде лишения свободы. Прокуратура, требовавшая применить санкцию в соответствии с шариатом, обжаловала указанный приговор на том основании, что при его вынесении была допущена ошибка в применении Закона, поскольку имелись все основания для назначения обвиняемому точно установленного шариатом наказания.

¹⁴ См.: Решения Федерального верховного суда. 1973–2013. С. 81–88 // Available at: URL: http://ejjustice.gov.ae/SC/Jud/jcc_1973_2013.pdf (на араб. яз.).

В мае того же года в ходе рассмотрения жалобы апелляционный суд Абу-Даби приостановил процесс и обратился в ФВС с иском об оценке конституционности Закона об алкогольных напитках. Иск содержал ссылку на ст. 7 Конституции ОАЭ, ст. 75 Закона о ФВС и ст. 8 закона № 6 (1978) о создании федеральных судов. В своей совокупности эти положения главным источником законодательства признают шариат и закрепляют его приоритет, который означает, что не подлежит применению ни один законодательный акт вне зависимости от того, какой орган его принял, а также ни один обычай или принцип естественного права, если он противоречит нормам шариата.

Апелляционный суд, обратившийся с иском, отметил, что Федеральный верховный суд в 1981 г. уже вынес проанализированное выше решение о конституционности санкций, установленных властью и предусмотренных Законом Абу-Даби № 8 об алкогольных напитках. Однако в том решении орган конституционного контроля уклонился от оценки конституционности ст. 13 данного Закона, согласно которой до принятия закона, определяющего процедуру применения точно установленных шариатом наказаний за совершение отдельных преступлений, предусмотренные в указанном акте санкции являются мерами ответственности, которые, по шариату, назначаются компетентными государственными органами. К тому же в ранее вынесенном решении ФВС не коснулся конституционности применения шариатской санкции за употребление алкоголя. По мнению апелляционного суда, такой вопрос возникает в силу противоречия между приведенной выше статьей, с одной стороны, и положениями Конституции, а также законов о ФВС и создании федеральных судов относительно признания шариата главным источником законодательства и юридическим источником права, имеющим приоритет при применении, — с другой.

Рассматривая иск, ФВС согласился, что разрешение дела, касающегося ответственности за употребление алкоголя и нахождение в общественном месте в состоянии опьянения, предполагает первоочередное рассмотрение преступления, состоящего в употреблении мусульманином алкоголя вообще. Сославшись на собственное решение 1981 г., он подтвердил, что в соответствии с шариатом, в частности, с Сунной Пророка, совершение указанного преступления влечет точно установленное шариатом наказание.

Отталкиваясь от такого подхода, орган конституционного контроля существенно уточнил свое толкование ст. 13 Закона Абу-Даби № 8 об алкогольных напитках. В частности, он подтвердил, что оценка предусмотренных в ней наказаний как установленных властью в рамках признанных шариатом полномочий не вызывает споров. В то же время суд напомнил свое решение 1981 г., в котором уже говорилось, что употребление алкоголя мусульманином должно наказываться точно установленной шариатом санкцией.

Развивая этот тезис, в решении 1983 г. ФВС обратил внимание, что содержание указанной статьи не создает преград для применения шариатской меры ответственности за употребление алкоголя. Он подчеркнул, что рассматриваемая статья указывает на очевидное стремление законодателя принять закон, устанавливающий порядок применения точно предписанных шариатом санкций за отдельные преступления. Но, по мнению суда, это не препятствует немедленному применению шариатской ответственности за употребление алкоголя, поскольку процедура исполнения телесного наказания в детальной форме установлена в уголовно-процессуальном кодексе эмирата Дубай, приемлемом для применения во всей стране.

Исходя из этих аргументов, орган конституционного контроля пришел к выводу, что вынесенное им в 1981 г. решение в части, касающейся его очевидной позиции относительно применения точно установленной шариатом санкции за употребление алкоголя

ля мусульманином, может быть сформулировано в иной, расширенной форме. В итоге ФВС постановил, что ст. 13 Закона Абу-Даби № 8 об алкогольных напитках является конституционной, но ее содержание не препятствует применению точно определенной шариатом санкции за употребление алкоголя мусульманином в качестве самостоятельной меры ответственности либо вместе с иным наказанием, установленным властью согласно шариату. Одновременно суд отметил, что данное решение является дополнением к ранее вынесенному решению и его завершением¹⁵.

Обращает на себя внимание, что орган конституционного контроля ОАЭ при обосновании и вынесении обоих рассмотренных решений обращался к шариату, что вполне соответствовало Закону о ФВС, ст. 75 которого обязывает данный суд применять шариатские нормы наряду с законодательством. В частности, орган конституционного контроля недвусмысленно подтвердил, что точно установленной шариатом санкцией за употребление алкоголя является телесное наказание в виде 40 или 80 ударов, зафиксированное Сунной Пророка. Причем, по шариату, такая норма распространяется только на мусульман. Он также согласился с оценкой мер ответственности, предусмотренных Законом об алкогольных напитках, в качестве наказаний, определение которых шариат относит к полномочиям власти. Одновременно суд, придерживаясь выводов фикха, допустил наказание за данное преступление обеими санкциями вместе.

Нельзя также пройти мимо еще одной отличительной особенности рассмотренных решений Федерального верховного суда. В обоснование своей позиции он не только воспроизвел ст. 7 Конституции ОАЭ о шариате как главном источнике законодательства и подтвердил, что она обращена к законодателю, а не к суду. В то же время со ссылкой на данное конституционное положение вместе с соответствующими статьями законов о ФВС и создании федеральных судов ФВС по существу признал за шариатом статус не только материального (исторического), но и формального (юридического) источника права. Об этом свидетельствует его вывод, что при пробельности закона суды ОАЭ могут применять нормы шариата. Такой принцип закрепляет и Гражданский кодекс ОАЭ — Закон № 5 (1985) об имущественных правоотношениях. Ст. 1 данного акта гласит, что в случае его молчания судья применяет нормы шариата.

Однако прямое обращение к шариату невозможно при наличии соответствующего предписания законодательства, даже если оно противоречит шариатским нормам. В четкой форме данный принцип получил отражение в решении ФВС, который в июне 1981 г. рассмотрел вопрос о конституционности ст. 61 и 62 Гражданско-процессуального кодекса Абу-Даби (Закона № 3 (1970)), допускавших уплату процентов при погашении займа, что формально противоречит нормам шариата. Орган конституционного контроля указал, что в соответствии с Законом № 6 (1978) о создании федеральных судов данные органы правосудия при принятии решений обращаются к шариату, а также федеральным и иным действующим законам при соблюдении всех статей указанного акта, в том числе положения о сохранении в силе процессуальных правил, которые применялись на момент принятия данного Закона. Этому не противоречит ст. 7 Конституции ОАЭ, признающая шариат главным источником законодательства, поскольку законодатель последовательно идет к данной цели, о чем свидетельствует формирование комиссий по разработке законодательства, почерпнутого из шариата. Такой курс не может оцениваться негативно из-за того, что он проводится в жизнь осмотрительно и без риска причинения вреда движению к конечной цели.

Одновременно Федеральный верховный суд отметил, что в его компетенцию входит оценка соответствия действующего законодательства Конституции, а не шариату.

¹⁵ См.: Там же. С. 99–107.

В этом отношении следует различать законодательство, принятое до и после вступления в силу Конституции. Все законы, введенные в действие ранее этого момента (к ним относится и указанный Кодекс), в соответствии со ст. 148 Конституции подлежат соблюдению до их официальной отмены или изменения. Это касается и законодательства, противоречащего нормам шариата, поскольку в то время, когда оно принималось, шариат не был признан главным его источником. Такие акты были легитимными и конституционными в момент их принятия. Согласно Конституции, они продолжают действовать, несмотря на противоречие шариату. Приведение их в соответствие с Конституцией — в том числе и с нормой о признании шариата главным источником законодательства — является исключительной прерогативой законодателя¹⁶. В дальнейшем Федеральный верховный суд вынес около 10 решений по искам о признании неконституционными законов, вступивших в силу до принятия Конституции (1971) и противоречащих шариату. Во всех случаях орган конституционного контроля отказал в удовлетворении исков, почти дословно воспроизводя свою позицию, сформулированную в рассмотренном выше решении¹⁷.

Толкование Верховным конституционным судом Египта шариата как ведущего источника законодательства

Интересно сравнить опыт судебного толкования шариата как источника законодательства в ОАЭ с практикой тех арабских стран, которые прибегают к иной модели закрепления статуса шариата в качестве источника законодательства. Их конституции при описании соотношения между ними употребляют термин «главный источник» с определенным артиклем.

О принципиальном значении, которое может иметь этот нюанс, свидетельствует опыт Египта, где с 1960-х гг. неоднократно создавались комиссии для формулирования принципов шариата и систематизации его норм, которые должны быть положены в основу законодательства страны. В 1966 г. при Высшем совете по исламским делам была образована исследовательская комиссия по установлению принципов шариата. Она подготовила ряд научных трудов, посвященных вопросам кодификации фикха. В 1970 г. Центр исламских исследований Аль-Азхара — крупнейший в мусульманском мире исламский образовательный и исследовательский комплекс сформировал Комиссию систематизации шариата. Результатом ее деятельности явилась публикация книг, представляющих собой доктринальную кодификацию норм фикха относительно договора купли-продажи по четырем суннитским толкам фикха: маликитскому, ханафитскому, шафиитскому и ханбалитскому.

В 1971 г. вступила в силу Конституция Египта, которая действовала вплоть до смены режима президента Мубарака в 2011 г. Впервые в истории страны она провозгласила принципы шариата главным источником (без определенного артикля) законодательства. Во исполнение этой нормы в 1972 г. в состав законодательной комиссии Народного собрания (парламента) были введены три шейха — знатока шариата и фикха из Аль-Азхара. Предполагалось, что они будут контролировать соответствие всех законопро-

¹⁶ См.: Там же. С. 75–87.

¹⁷ См. об этом: Butti Ali Al-Muhairi, Butti Sultan. The Position of Shari'a Within the UAE Constitution and the Federal Supreme Court's Application of the Constitutional Clause Concerning Shari'a // Arab Law Quarterly. Vol. 11, N 3. 1996. P. 219–244.

ектов принципам шариата. Однако в течение ряда лет эти нововведения не отражались на состоянии египетского права, чему в немалой степени способствовало ограничительное толкование указанной конституционной нормы. В 1970-х гг. египетские власти вкладывали в конституционное положение о статусе принципов шариата как главного источника законодательства узкий смысл и не были склонны к исламизации правовой системы. Все же некоторые формальные меры в данном направлении принимались. Так, в 1975 г. министр юстиции принял решение о создании Высшей комиссии совершенствования законодательства на основе норм шариата. Она действовала до середины 1978 г. и подготовила ряд законопроектов для Народного собрания, которое в декабре того же года сформировало специальную Комиссию по кодификации норм шариата. Такая активность свидетельствовала о намерении властей готовить почву для превращения указанных норм в действующее право.

Решающим шагом в этом направлении явился проведенный в мае 1980 г. референдум об изменении Конституции. По его итогам в ст. 2 основного закона к словам «главный источник» был добавлен определенный артикль, что придало принципам шариата значение ведущего источника законодательства. Понимание юридического смысла такой модификации, а также правовое содержание термина «источник» последовательно отражается в египетской судебной практике, прежде всего в решениях органа конституционного контроля — Верховного конституционного суда (ВКС). В частности, рассматривая иск об обоснованности требования уплатить проценты за просрочку предоставления средств на содержание семьи, ВКС отметил, что такой порядок установлен ст. 226 Гражданского кодекса (1948), который вступил в силу задолго до принятия Конституции (1971). На этом основании получение процентов нельзя считать неконституционным, хотя такая практика и запрещена шариатом, принципы которого Конституция объявила главным источником законодательства лишь в 1980 г. Поэтому и указанная статья Кодекса является конституционной¹⁸.

Сходные аргументы Верховный конституционный суд привел при решении вопроса о конституционности ст. 317 Уголовного кодекса Египта (1937), согласно которой за хищение полагается лишение свободы. Отмечалось, что такая санкция, действительно, не соответствует шариату, предусматривающему за данное преступление отсечение руки. Поэтому она формально противоречит конституционному положению о признании принципов шариата главным источником законодательства. Суд, однако, обратил внимание на два обстоятельства. Во-первых, подчеркивалось, что указанная статья Конституции не распространяется на ранее принятое законодательство (к нему относятся и Уголовный кодекс), которое даже при расхождении с нормами шариата является конституционным и подлежащим применению судами. Во-вторых, ВКС заявил, что положение Конституции о статусе принципов шариата как главного источника законодательства адресовано только законодателю, который обязан учитывать содержащееся в нем ограничение в своей последующей нормотворческой деятельности, и не может быть основанием отказа суда применить какую-либо статью действующего закона¹⁹.

Примерно за 15 лет, прошедших после изменения Конституции Египта в 1980 г. и признания шариата ведущим источником законодательства, ВКС вынес более двух десятков решений, в которых воспроизводилась приведенная выше аргументация. Ее основу составляет обоснование принципов шариата, указанных в ст. 2 Конституции, как материального (исторического) источника права, а также вывод, что данное конститу-

¹⁸ См.: Арабская Республика Египет. Верховный конституционный суд. Ч. 3. Каир, 1987. С. 215–224 (на араб. яз.).

¹⁹ См.: «Аль-Джарида ар-Расмийа». Каир, 14.04.1988.

ционное положение адресовано законодателю, а не судье²⁰. Однако такая позиция нашла поддержку не у всех судей. Например, Махмуд Абдель Хамид Гирав в качестве председателя суда первой инстанции с 1980 по 1985 г. вынес более 30 решений, основанных на нормах шариата вместо действующего законодательства, касающегося, в частности, употребления алкогольных напитков, убийства и причинения телесных повреждений, процентов за просрочку погашения долга. Многие из этих решений обосновывались ссылкой на ст. 2 Конституции, признавшую принципы шариата ведущим источником законодательства.

Все такие судебные решения не вступили в силу. Большинство из них было отклонено на стадии апелляции. Четыре раза суд приостанавливал процесс и обращался в ВКС с просьбой дать оценку подлежащего применению закона с точки зрения его соответствия указанному конституционному положению. Всякий раз орган конституционного контроля отказывал в удовлетворении иска и подтверждал, что ст. 2 Конституции говорит о принципах шариата как материальном источнике права и обращена к законодателю, а не к суду²¹.

Такая позиция органа конституционного контроля остается в силе и после смена режима в Египте в 2011 г. В настоящее время в стране действует Конституция 2014 г., ст. 2 которой повторяет формулировку Конституции 1971 г. в редакции 1980 г. и объявляет принципы шариата ведущим источником законодательства. Преамбула Конституции также воспроизводит данное положение и подчеркивает, что его толкование содержится в решениях ВКС. Однако египетский законодатель следует такому толкованию лишь частично. Конечно, он следит за тем, чтобы вновь принимаемое законодательство формально не противоречило принципам шариата, но не спешит с приведением ранее принятых законов в соответствие с ними. В итоге в стране сохраняется действие немалого числа позитивных правовых норм, противоречащих шариату.

Напрашивается вывод, что положение шариата в правовых системах арабских стран жестко не зависит от конституционной формулы закрепления его в качестве источника законодательства. Например, Конституция Египта говорит о принципах шариата, выбрав грамматически определенную форму слов «ведущий источник законодательства». Причем, как уже отмечалось, этому языковому нюансу придается серьезное юридическое значение. Но в правовой системе этой страны шариатские нормы занимают значительно более скромные позиции, нежели в ОАЭ, где при характеристике статуса шариата термин «главный источник законодательства» используется в арабском оригинале текста Конституции без определенного артикля. Дело в том, что здесь такое конституционное положение реализуется вместе с предписаниями текущего законодательства, которые придают нормам шариата статус юридического источника права.

Вместе с тем роль шариата в правовой системе той или иной арабской страны определяется не только нормами законодательства, включая конституцию, но главным образом общей направленностью правовой политики. Именно она нередко наполняет разным содержанием практически совпадающие статьи конституций. Например,

²⁰ См. об этом: Mohamed El-Molla. Islamic Shari'a and Constitutional Interpretation in Egypt // Democracy, the Rule of Law and Islam. The Hague, 1999; Vogel F. Conformity with Islamic Shari'a and Constitutionality Under Article 2: Some Issues of Theory, Practice and Comparison / Democracy, the Rule of Law and Islam. The Hague, 1999; Hatem Aly Labib Gabr. The Interpretation of Article Two of the Egyptian Constitution by the Supreme Constitutional Court / Human Rights and Democracy. The Role of the Supreme Constitutional Court of Egypt. Ed. by K. Boyle and A. Sharif. London, 1996. P. 217–227.

²¹ См.: Махмуд Абдель Хамид Гирав. Исламские нормы как осуждение позитивных законов. Каир, 1986. 455 с. (на араб. яз.).

Основной низам (закон) Султаната Оман (1996) признает шариат основой законодательства. Близкое по смыслу положение закрепляет Конституция Йемена (1991) (с последующими дополнениями и изменениями), которая провозглашает исламский шариат источником всего законодательства. Однако между правовыми системами обеих стран имеются глубокие различия. Если Йемен относится к числу арабских стран, где позиции шариата в правовом развитии наиболее прочны, то Оман, наоборот, отличается широким заимствованием западных образцов законодательства.

Специфика роли шариата как источника права в Саудовской Аравии и Ливии

Связь между закреплением шариата как источника законодательства и приоритетами правовой политики целесообразно проследить на примере Саудовской Аравии и Ливии. Выбор этих стран объясняется заметными особенностями места шариата в их правовом развитии. Саудовская Аравия позиционирует себя как хранителя исламских устоев и строгого последователя шариатских норм в их традиционной форме. Ливия была первой арабской страной, которая в 1970-х гг. встала на путь исламизации правовой системы (ранее ориентировавшейся на европейский опыт) и кодификации выводов фикха.

Нормативно закрепленный статус шариата в Саудовской Аравии контрастирует с опытом остальных арабских стран. В Основном низаме о власти Королевства говорится, что Коран и Сунна Пророка Мухаммада стоят выше всех низамов, включая и сам этот акт (ст. 7). Данный документ гласит, что государство претворяет шариат, реализует предписания Аллаха и предотвращает запрещенное им (ст. 23). Установлено, что все низамы принимаются в соответствии с предписаниями шариата (ст. 67). Источниками всех выносимых фетв объявлены Коран и Сунна (ст. 45). При рассмотрении дел суды Королевства применяют нормы шариата согласно Корану и Сунне, а также низамы, которые не противоречат шариату (ст. 48). Указанный конституционный акт упоминает солидарную ответственность Совета министров и всех его членов за претворение шариата и низамов (ст. 57).

Такие предписания позволяют сделать вывод, что в Саудовской Аравии закреплен принцип верховенства шариата по отношению к действующему в стране законодательству, источником которого он сам и является. Предусмотренные в Основном низаме положения о шариате характеризуют содержание правовой системы Королевства, которая опирается на шариат как на незыблемую основу всего законодательства, критерий допустимости принятия любых нормативно-правовых актов. Одновременно шариат здесь является юридическим источником права и пользуется приоритетом перед законодательством. Такая иерархия закрепляется низамами относительно судебной системы и правил судебного процесса. Так, Низам о правосудии Саудовской Аравии (2007), закрепляя независимость судей, предусматривает, что их деятельность в судебной сфере находится под властью только шариата и соответствующих низамов (ст. 1). Установлено, что верховный суд осуществляет контроль над правильностью применения норм шариата и принимаемых властью низамов, которые им не противоречат (ст. 11). Низам о гражданском процессе (2013) предписывает судам при рассмотрении дел применять нормы шариата, основанные на Коране и Сунне Пророка, а также принятые властью низамы, не противоречащие этим священным источникам (ст. 1). Точно такое же положение содержат принятые в 2013 г. низамы об уголовном процессе и процессе, применяемом в ведомстве жалоб (административном суде).

Обратимся к опыту Ливии, где после смены режима роль Конституции играет Конституционная декларация, обнародованная в августе 2011 г. Этот документ первоначально провозглашал шариат ведущим источником законодательства, причем термин «ведущий источник» использовался с определенным артиклем. В ноябре 2012 г. Национальный переходный совет, тогда высший орган власти в стране, рекомендовал будущему парламенту — Высшему народному конгрессу — исходить из того, что шариат является ведущим источником законодательства. Одновременно было подчеркнуто, что вопрос не подлежит вынесению на референдум, поскольку указанный статус шариата относится к неизменным основам мусульманского общества.

Осенью 2013 г. приказом министра юстиции была образована Комиссия по инвентаризации действующего законодательства и разработке предложений по приведению его в соответствие с точно установленными нормами и основными принципами шариата, а в декабре 2013 г. министерство юстиции опубликовало своеобразный документ, посвященный претворению норм шариата. В нем говорится, что данные нормы стоят над законодательством, имеют надконституционный характер и пользуются приоритетом в деятельности органов правосудия и в процессе правоприменения. Более того, министерство призвало всех «справедливых судей» Ливии выполнять функцию контроля над отказом применять любые нормы закона, которые утверждают притеснение и входят в столкновение с их религиозными убеждениями и принципами справедливости, защищаемыми шариатом.

Следует также отметить разработанный в 2014 г. проект Конституции страны, который в ст. 5 предусматривает, как и первоначальный текст Конституционной декларации, что шариат является ведущим источником законодательства. Вместе с тем нельзя пройти мимо внесенного в Конституционную декларацию в мае 2015 г. изменения. Теперь ст. 1 этого документа не ограничивается провозглашением шариата ведущим источником законодательства, но гласит, что любое законодательство, принятое с нарушением норм и целей шариата, считается недействительным.

Такие нормативные предписания не остаются пустым лозунгом. Они отражают решимость ливийских властей идти по пути последовательной исламизации правовой системы. Это подтверждает принятое в апреле 2016 г. заявление Всеобщего народного конгресса, в котором перечислены шаги в данном направлении. Среди них — развитие законодательства о завещании, ростовщичестве, браке и разводе, недвижимости, денежной компенсации за убийство и наказании за совершение данного преступления по принципу талиона, финансировании и инвестициях, исламских ценных бумагах и банках, охране общественной нравственности, краже и разбое, внебрачных сексуальных отношениях и ложном обвинении в совершении данного преступления. Эти законодательные меры привели к тому, что в нынешней правовой системе Ливии шариат играет даже более заметную роль, чем во времена М. Каддафи, когда в сфере исламизации права страна стала пионером арабского мира.

Анализ позволяет заключить, что место шариата в правовом развитии современных арабских стран зависит от многих факторов. Однако в целом в наши дни роль шариата здесь определяется преимущественно законодателем, в первую очередь, на конституционном уровне. В этом отношении изучение конституционного статуса шариата как источника законодательства приобрело особое научное и практическое значение.



Библиография

Авад Мухаммад Авад. Задачи арабского законодателя в свете конституционных статей, признающих исламский шариат источником законодательства // Дирасат кануниййа. Бенгази, 1973. № 3. С. 11–13 (на араб. яз.).

- Арабская Республика Египет. Верховный конституционный суд. Ч. 3. Каир: б. и., 1987. 264 с. (на араб. яз.).
- Джаббур Ж. Арабизм и проявления приверженности иным ценностям в современных конституциях арабских стран. Дамаск: б. и., 1976. 121 с. (на араб. яз.).
- Ибрахим Дуэдж ас-Сабах. Исламская легитимность и конституционная законность. Каир: Дар аш-шурук, 2000. 366 с. (на араб. яз.).
- Махмуд Абдель Хамид Гираб. Исламское нормы как осуждение позитивных законов. Каир: Дар ал-итисам, 1986. 455 с. (на араб. яз.).
- Мухаммад аз-Зухейли. Права человека в исламе. Сравнительное исследование. Дамаск — Бейрут: Дар Ибн Касир, 1997. 455 с. (на араб. яз.).
- Решения Федерального верховного суда Египта. 1973–2013. 336 с. // URL: http://ejustice.gov.ae/SC/Jud/jcc_1973_2013.pdf (на араб. яз.) (дата обращения: 01.11.2016)
- Сюкияйнен Л.Р. Исламское право: взаимодействие юридического и религиозного начал // Ежегодник либертарно-юридической теории. 2007. Вып. 1. С. 97–106.
- Сюкияйнен Л.Р. Исламское право в правовых системах мусульманских стран: от доктрины к законодательству // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2008. № 2. С. 97–109.
- Сюкияйнен Л.Р. Исламское уголовное право: от традиционного к современному // Российский ежегодник уголовного права. 2008. № 2. С. 571–596.
- Управление фетв и законодательства. Собрание кувейтского законодательства. Ч. 5. Кувейтская конституция, Пояснительная записка и иные законы. Эль-Кувейт: б. и., 1994. 327 с. (на араб. яз.).
- Butti Ali Al-Muhairi, Butti Sultan. The Position of Shari'a Within the UAE Constitution and the Federal Supreme Court's Application of the Constitutional Clause Concerning Shari'a // Arab Law Quarterly. 1996. Vol. 11. N 3. P. 219–244.
- Hatem Aly Labib Gabr. The Interpretation of Article Two of the Egyptian Constitution by the Supreme Constitutional Court / Human Rights and Democracy. The Role of the Supreme Constitutional Court of Egypt. Ed. by K. Boyle. London, 1996. P. 217–227.
- Mohammed El-Molla. Islamic Sharia and Constitutional Interpretation in Egypt / Democracy, the Rule of Law and Islam. The Hague, 1999. P. 507–524.
- Vogel F. Conformity with Islamic Shari'a and Constitutionality Under Article 2: Some Issues of Theory, Practice and Comparison / Democracy, the Rule of Law and Islam. The Hague, 1999. P.525–544.

Constitutional Status of Sharia as Main Source of Legislation in Arabic Countries



Leonid Syukiyaynen

Professor, Department of Theory and History of Law, Law Faculty, National Research University Higher School of Economics, Doctor of Juridical Sciences. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow 101000, Russian Federation. E-mail: Lsukiayinen@hse.ru



Abstract

The article touches upon the analysis of the constitutions of Arabic countries in terms of the status of Sharia as a source of legislation as well as practice of their interpretation by organs of constitutional control. The constitutions of practically all the mentioned countries declare Islam as a religion of the state. Arabic lawyers understand this principle in a different way. According to the prevailing view, the assertion of Sharia role in the legal system demands its constitutional recognition as a source of legislation. This status is fixed in Arabic constitutions in different forms. Some of them provide for Sharia as a main source of legislation using in original text in Arabic the term *main source* in indefinite form without *al* article. Some countries have already acquired legal practice of interpretation of these constitutional norms while solving claims on legislation which contradicts Sharia and its conformity

with constitution. For example, the Federal Supreme Court of the UAE concluded that constitutional provision about Sharia as a main source of legislation is addressed to the legislature and not to the judicial bodies. That is why Sharia is to be understood as a material or historical source of law. At the same time on the basis of the given constitutional norm together with provisions of laws about judicial power, the organ of constitutional control of UAE justified the possibility of direct implementation of Sharia norm as an official source of law. Egypt has acquired its own experience of constitutional assertion of Sharia status. The Constitution of 1971 initially considered the principles of Sharia as a main source of legislation. However, after an amendment adopted as a result of referendum held in 1980, the modified constitution provided for these principles as the leading source of legislation. The Supreme Constitutional Court decided that this constitutional provision was addressed to the legislature. As for contradicting Sharia laws which had been adopted before the mentioned amendment took place, they are still in force and confirmative to the constitution as Sharia was not considered to be the leading source of legislation at that time. The role of Sharia as source of law has its own features in both Saudi Arabia and Libya. In general, the place Sharia occupies in the legal development of contemporary Arab countries depends upon a number of factors but its role is determined mainly by legislature and first of all at the constitutional level.



Keywords

Islam, Sharia, fiqh, constitution, Arabic countries, legislation, source, court, constitutional control, legal system.

Citation: Siukiyainen L.R. (2016) Constitutional Status of Sharia as Main Source of Legislation in Arabic Countries. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 205–222 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.4.205.222



References

Avad Mukhammad Avad (1973) Zadachi arabskogo zakonodatel'ya v svete konstitutsionnykh statey, priznayushchikh islamskiy shariat istochnikom zakonodatel'stva [Objectives of Arab Legislator under Constitutional Provisions on Sharia as a Source of Law]. *Dirasatkanuniyya*. Bengazi, no 3, pp. 11–13 (in Arabic)

Arabskaya Respublika Egipet. Verkhovnyy konstitutsionnyy sud [The Arab Republic of Egypt]. Cairo: n. p., 1987, 264 p. (in Arabic)

Az-Zukheyli M. (1997) *Prava cheloveka v islame. Sravnitel'noe issledovanie* [Human Rights in Islam]. Damask–Beyrut: Dar al-kalim at-tayyib, Dar Ibn Kasir, 455 p. (in Arabic)

Butti Ali Al-Muhairi, Butti Sultan (1996) The Position of Shari'a Within the UAE Constitution and the Federal Supreme Court's Application of the Constitutional Clause Concerning Shari'a. *Arab Law Quarterly*, vol. 11, no 3, pp. 219–244.

Dzhabbur Zh. (1976) *Arabizm i proyavleniya priverzhennosti inym tsennostyam v sovremennykh konstitutsiyakh arabskikh stran* [Arabism and Values in the Modern Arab Constitutions]. Damask: n. p., 121 p. (in Arabic)

Duedzhas-Sabakh I. (2000) *Islamskaya legitimnost' i konstitutsionnaya zakonnost'* [Islamic Legitimacy and Constitutional Legislation]. Cairo: Dar ash-shuruk, 366 p. (in Arabic)

Girab M. A. Kh. (1986) *Islamskie normy kak osuzhdenie pozitivnykh zakonov* [Islamic Norms as Disapproval of Positive Laws]. Cairo: Dar al-itsam, 455 p. (in Arabic)

Hatem Aly Labib Gabr (1996) The Interpretation of Article Two of the Egyptian Constitution by the Supreme Constitutional Court. *Human Rights and Democracy. The Role of the Supreme Constitutional Court of Egypt*. Ed. by K. Boyle and A. O. Sharif. London: Murray, pp. 217–227.

Murray J., El-Molla M. (1999) Islamic Shari'a and Constitutional Interpretation in Egypt. *Democracy, the Rule of Law and Islam*. The Hague: Kluwer, pp. 507–524.

Resheniya Federal'nogo verkhovnogo suda. (2014) 1973–2013 [Decisions of the Federal Supreme Court]. 336 p. Available at: URL: http://ejustice.gov.ae/SC/Jud/jcc_1973_2013.pdf (accessed: 01.11. 2016).

Syukiyaynen L.R. (2007) Islamskoe pravo: vzaimodeystvie yuridicheskogo i religioznogo nachal [Islamic Law: Interaction of Religious and Legal Origins] *Ezhegodnik libertarno-yuridicheskoy teorii*, vyp. 1, pp. 97–106.

Syukiyaynen L.R. (2008) Islamskoe pravo v pravovykh sistemakh musul'manskikh stran: ot doktriny k zakonodatel'stvu [Islamic Law in the Modern Legal Systems of Muslim Countries: From Legal Doctrine to Legislation]. *Pravo. Zhurnal Vyshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 97–109.

Syukiyaynen L.R. (2008) Islamskoe ugovnoe pravo: ot traditsionnogo k sovremennomu [Islamic Criminal Law: Tradition and Modernity]. *Rossiyskiy ezhegodnik ugovnogo prava*, no 2, pp. 571–596.

Upravlenie fetv i zakonodatel'stva (1994) Sobranie kuveytskogo zakonodatel'stva. Ch.5. Kuveytskaya konstitutsiya, Poyasnitel'naya zapiska i inye zakony [Fatwah and Legislations]. El'-Kuveyt: n. p., 327 p. (in Arabic)

Vogel F.E. (1999) Conformity with Islamic Shari'a and Constitutionality Under Article 2: Some Issues of Theory, Practice and Comparison. *Democracy, the Rule of Law and Islam*. The Hague: Kluwer, pp. 525–544.