

Фикх — источник современного права в арабских странах

 **Л.Р. Сюкийяйнен**

профессор, департамент общих и межотраслевых юридических дисциплин факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», доктор юридических наук. Адрес: 101000, Москва, ул. Мясницкая, д. 20. E-mail: Lsukiyainen@hse.ru

Аннотация

Специфика исламского права как самостоятельной правовой системы наглядно проявляется в его источниках. На протяжении столетий эту роль монопольно играла доктрина (фикх), которая в XIX в. стала уступать место законодательству. Однако и в настоящее время фикх является источником права арабских стран. Продолжающаяся исламизация их правовых систем идет по пути кодификации исламской правовой доктрины, в результате чего ей отводится роль материального источника права. Этому способствует закрепление в конституциях многих указанных стран шариата как источника законодательства. Текущее законодательство нередко также прямо указывает, что его содержание заимствовано из фикха. Это особенно характерно для статуса личности, который в большинстве арабских стран представлен законодательством, основанном на выводах исламской правовой доктрины. Одновременно фикх играет роль юридического источника современного права. В Саудовской Аравии фикх до сих пор является преобладающим источником в сравнении с нормативно-правовыми актами. В других странах его статус в качестве юридического источника закреплен законодательно. Это относится не только к частным отраслям, но и уголовному праву. Многие законодательные нормы невозможно реализовать без обращения к фикху. В ряде арабских стран выводы фикха рассматриваются в качестве элементов публичного порядка. Кроме того, законодательство нередко устанавливает, что при его толковании следует обращаться к шариату. Исламская правовая доктрина активно проявляет себя в роли субсидиарного источника современного права, что свойственно прежде всего отраслям частного права. Законодательство признает таким источником шариат, его принципы или различные школы фикха. Это типично не только для законодательства по вопросам личного статуса, целиком основанного на исламских нормах, но и для гражданских кодексов ряда стран, которые испытывают минимальное влияние шариата и ориентируются на европейские правовые образцы. Торговое, налоговое и процессуальное законодательство арабских стран также дает примеры признания исламской правовой доктрины субсидиарным источником права. Уникальная ситуация в Судане, где шариат и фикх закреплены в таком качестве на уровне всей правовой системы, кроме уголовного права.

Ключевые слова

шариат, фикх, исламское право, исламская правовая доктрина, кодификация фикха, исламизация правовой системы, материальный источник права, юридический источник права, субсидиарный источник права.

Благодарности: Публикация подготовлена в ходе исследования «Исламское право — самостоятельная правовая система» (проект №18-01-0026) в рамках Программы «Научный фонд Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» (НИУ ВШЭ)» в 2018–2019 гг. и в рамках государственной поддержки ведущих университетов Российской Федерации «5-100».

Для цитирования: Сюкияйнен Л.Р. Фикх — источник современного права в арабских странах // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2019. № 4. С. 222–245.

УДК: 34.05

DOI: 10.17323/2072-8166.2019.4.222.245

Введение

Наука сравнительного правоведения признает исламское право в качестве самостоятельного юридического феномена, характеризующегося оригинальным содержанием и формой, которые отличают его от иных правовых систем [Glenn P., 2010: 181-236]. Исламское право отвечает всем основным параметрам, которые юридическая компаративистика кладет в основу выделения различных правовых систем (семей). Так, история его формирования отмечена спецификой, отражающей глубокое влияние религиозных предписаний ислама. В исламском праве сформировались оригинальные институты и конструкции. Ему присущ особый стиль правового мышления, сформировавшийся в обществе с преобладанием религиозного сознания.

На уровне формы исламское право отличается особым характером источников. В частности, на протяжении многих веков единственным источником традиционного исламского права выступала доктрина — трактаты авторитетных мусульманских ученых. Данные произведения приобретали статус источников права в результате их регулярного применения шариатскими судами (судами кади) либо санкционирования государством в иной форме. Так, в Османской империи власть предписывала судам обращаться в поиске решений к произведениям мусульманских правоведов ханафитской школы. Среди этих трудов особое место принадлежало книге Ибрахима аль-Халаби «Слияние морей» [Аль-Халаби И., 1989].

Лишь во второй половине XIX в. доктрина как источник исламского права стала уступать свое место законодательству [Layish A., 2004: 89–91]; [Schacht J., 1959: 141–143]. Вместе с тем и в наши дни исламская правовая доктрина сохраняет статус источника права.

1. Исламская правовая доктрина как исторический источник современного права

Решающее влияние на формирование современного исламского права оказала кодификация выводов фикха [Peters R., 2002: 87-91]. Под ним ислам-

ская мысль понимает науку о правилах человеческого поведения, извлеченных из шариата — свода божественных заповедей, которые зафиксированы в Коране и Сунне (преданиях о высказываниях и деяниях Пророка Мухаммада), а также сами указанные правила. Относительно норм, отвечающим критериям права, фикх в значении науки вполне допустимо именовать исламской правовой доктриной или фикхом-доктриной.

Кодификация фикха началась в Османской империи, где в 1869–1876 гг. была принята так называемая Маджалла — самый крупный в истории ислама законодательный акт, материальным источником которого был фикх — доктрина ханафитского толка¹. С распадом Османской империи Маджалла была отменена в Турции, но оставалась в силе в ряде арабских стран вплоть до принятия новых гражданских кодексов в 1940-1950-х гг.

Действие Маджаллы не распространялось на Египет, который, оставаясь в составе Османской империи, получил право принимать собственное законодательство. Однако попытки кодификации фикха имели место и здесь. Так, в 1880-х гг. египетские власти поручили крупному юристу Кадри-Паше (1821–1886) подготовить проекты нескольких законов на основе предписаний ханафитского толка фикха.

Ученый составил три законопроекта — по вопросам личного статуса, вакфам и имущественным обязательствам. В их названиях указывалось, что они представляют собой систематизацию выводов ханафитского толка фикха. Об этом, например, свидетельствует труд Кадри-Паши, посвященный собственности и обязательствам [Кадри-Паша М., 1891]. Хотя его законопроекты не были приняты, они до сих пор пользуются авторитетом и применяются в судебной практике.

Особенно широко к выводам фикха-доктрины при разработке нормативно-правовых актов обращаются в современных арабских странах. Во многих из них статус фикха-доктрины получил официальное закрепление. В частности, конституции более половины указанных стран провозглашают шариат или его принципы основным источником законодательства. В ходе толкования соответствующих конституционных положений органы конституционного контроля ряда государств (например, Египта и ОАЭ) приходят к выводу, что они адресованы не суду, а законодателю. Последний должен привести все позитивное право в соответствие с шариатом и следить, чтобы вновь принимаемое законодательство отвечало этому требованию [Butti Ali Al-Muhairi, Butti Sultan, 1996]; [Murray J., El-Molla M., 1999]; [Vogel F., 1999]. Иными словами, в отмеченной выше конституционной характеристике шариата имеется в виду материальный источник нормативно-правовых актов, которые не могут противоречить императивным предписаниям шариата.

¹ Русский перевод см.: Шариат и суд (вещное и обязательное право). Перевод применяемого в Османской Империи Гражданского свода (Мэджеллэ). Том 1–3. Ташкент, 1911–1912.

При этом под шариатом на практике понимается фикх. В пояснительной записке к Конституции Кувейта подчеркивается, что в ее ст. 2 под шариатом подразумевается фикх, которому и отводится роль источника законодательства². Это означает, что законодатель при разработке нормативно-правовых актов ориентирован на фикх как приоритетный источник.

Роль доктрины как материального источника современного исламского права особенно ярко проявляется в тех арабских странах, которые взяли курс на исламизацию законодательства. Такую стратегию часто называют «претворением шариата путем кодификации фикха» [Аль-Ашмави М., 1988: 11–22]. Одной из первых на этот путь встала Ливия, образовавшая в 1971 г. комиссии по ревизии законодательства и исключению противоречий его содержания основным принципам шариата. Итогом их работы стало принятие большого числа законов по вопросам гражданского, торгового, уголовного, семейного и процессуального права, которые представляли собой кодификацию соответствующих норм и институтов фикха³.

После смены режима в 2011 г. шариатское законодательство не было отменено. Исламизация ливийской правовой системы получила закрепление на конституционном уровне, что прослеживается в деятельности высших государственных органов. Так, Конституционная декларация 2011 г. в соответствии с изменениями от 2015 г. гласит, что шариат является источником всего законодательства, и любой акт, противоречащий его нормам и целям, считается ничтожным⁴. В заявлении от 19.04.2016 Всеобщий национальный конгресс, в то время высший законодательный орган страны, подчеркнул, что претворение шариата — не вопрос выбора или желания общественных или политических сил. Несмотря на то, что это требование стало конституционной нормой, шариат стоит выше конституции и любого закона⁵.

По сути новая ливийская власть, официально признав верховенство шариата по отношению к позитивному праву, взяла курс на полную переориентацию законодательства на шариатские критерии. В частности, приняты законы о сукук (исламских ценных бумагах) и об охране общественной нравственности, который запрещает любые публичные мероприятия (включая спортивные и художественные), противоречащие нормам шариата.

² 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.).

³ См.: Ливийская Арабская Республика. Высшая и отраслевые комиссии по пересмотру законодательства и приведению его в соответствие с нормами шариата. Документы и исследования, касающиеся претворения норм шариата. Ч. 1–2. Б.м., 1972–1973 (на араб. яз.).

⁴ Available at: <http://www.itcadel.gov.ly> (дата обращения: 23.07.2019)

⁵ Available at: https://www.legal-agenda.com/article.php?id=4508.#_ftnref17 (дата обращения: 23.07.2019)

Одновременно серьезным изменениям подверглись вступившие в силу при М. Каддафи шариатские законы о краже и разбое, внебрачных сексуальных отношениях, ложном обвинении во вступлении в такие отношения, запрете алкоголя, браке и разводе, завещаниях, а также о шариатских санкциях за убийство и причинение телесных повреждений в виде дии (денежной компенсации) и кисаса (талиона). Поправки имели целью наиболее последовательно закрепить в законодательстве положения шариата и ликвидировать отклонения от выводов традиционного фикха.

Показательной в этом отношении является эволюция законодательства о запрете алкоголя. Первым шагом был Закон 1974 г., который предусматривал телесное наказание за употребление алкоголя мусульманином в размере 40 ударов кожаной плетью. В 1994 г. он уступил место новому акту, который заменил шариатскую санкцию лишением свободы и штрафом. Однако в 2016 г. Всеобщий национальный конгресс внес в него важное изменение: мусульманин за употребление алкоголя подвергается телесному наказанию в размере 80 ударов, как это установлено традиционным фикхом-доктриной.

Была внесена поправка и в Закон 1973 г. о внебрачных сексуальных контактах, который изначально ограничивался за совершение такого преступления телесным наказанием в размере 100 ударов. В новой редакции акта данная санкция сохранилась только в отношении не состоящего в браке лица, а в качестве ответственности виновного, состоящего в браке, установлено забивание камнями до смерти. Такая новелла наглядно продемонстрировала, что нынешняя ливийская власть стремится адаптировать правовую систему к строгим стандартам традиционного фикха.

Исламизация коснулась даже принятого при прежнем режиме законодательства, которое первоначально не испытывало влияния шариата. Например, из Закона о коммерческой деятельности (торгового кодекса) (2010) были исключены все положения, предусматривающие проценты по сделкам, взимания которых шариат не допускает. В то же время законодатель внес важное уточнение, связанное с отношением суда к обычаю. Теперь при оценке результатов коммерческой деятельности судья должен применять не любые устоявшиеся обычаи, как предусматривалось ранее, а лишь те из них, которые не противоречат шариату. Аналогичное по смыслу изменение затронуло и Закон 2005 г. о гражданской авиации, который с самого начала предусматривал действие в стране ратифицированных ею международных договоров. Ныне они применяются при условии, что не противоречат нормам шариата.

Последовательная исламизация правовой системы затронула даже Уголовный кодекс (1953), в который в 2016 г. были включены новые статьи, в соответствии с нормой традиционного фикха предусматривающие смерт-

ную казнь за вероотступничество. Со вступлением в силу такого положения в Ливии завершился процесс внедрения в уголовное право всех предусмотренных традиционным фикхом и точно установленных шариатом санкций за преступления, посягающие на права Аллаха. Вместе с принятием иных шариатских актов это свидетельствует о тотальном закреплении в ливийском законодательстве выводов исламской правовой доктрины. Показательно в данном отношении, например, указание в Законе о вакфах (1972) на правовые основания его принятия. Их перечисление начинается с ссылки на нормы шариата и только после них упоминаются законы, имеющие отношение к предмету данного акта.

Проекты кодификации фикха как средства претворения шариата реализуются и в других регионах арабского мира. Наиболее впечатляющие результаты такая правовая политика принесла в Йемене и Судане. В Йеменской Арабской Республике еще до ее объединения в 1990 г. с Народной Демократической Республикой Йемен и создания нынешней Йеменской Республики специальным законом 1975 г. была учреждена Научная корпорация кодификации норм шариата. На Корпорацию возлагалась задача систематизировать указанные правила мирских взаимоотношений при условии, что они не противоречат положениям Корана и Сунны, а также единогласному мнению знатоков фикха. Такие выводы предполагалось излагать в форме привычных для современных законов императивных правовых норм общего характера, избегая плюрализма, характерного для традиционного фикха, путем фиксации одного вывода по каждому вопросу⁶. Итогом этой работы стало принятие во второй половине 1970-х гг. Семейного кодекса, законов о дарении, завещании и наследовании, которые представляли собой кодификацию соответствующих выводов исламской доктрины, игравшей роль материального источника данных актов.

В едином Йемене курс на исламизацию законодательства активизировался. В настоящее время нормы фикха пронизывают практически все сферы права страны. Так, после 1990 г. приняты законы о личном статусе, вакфах, закяте, исламских банках, закрепляющие выводы фикха⁷. Это же касается Закона о доказывании, который, например, закрепляет условия принятия свидетельских показаний в полном соответствии с традиционной исламской правовой доктриной. В частности, доказательством вступления во внебрачные сексуальные отношения могут быть показания лишь четырех мужчин, а совершения иных преступлений категории худуд и кисас — двух мужчин. По имущественным спорам в качестве доказательства принимаются показания двух мужчин или одного мужчины и двух женщин. Кроме того, Уголовный

⁶ См.: «Аль-Джарида ар-Расмийя». Сана. 31.05.1975. С. 3–4.

⁷ Available at: <http://www.coca.gov.ye> (дата обращения: 22.07.2019)

кодекс (1994) предусматривает шариатские санкции за преступления категории худуд и кисас, а Уголовно-процессуальный кодекс (1994) закрепляет выводы фикха относительно вынесения и исполнения приговоров по данным правонарушениям, включая телесные и членовредительские наказания, денежную компенсацию за убийство и причинение телесных повреждений.

Нацеленность на всеобъемлющее включение в законодательство положений фикха в Йемене подтверждается положениями Закона о вакфах (1992) и Гражданского кодекса (2002), которые гласят, что они заимствованы из норм шариата. Одновременно Гражданский кодекс исключает изменение или отмену положений любого акта, касающегося имущественных отношений, если речь идет об однозначно понимаемой норме, прямо заимствованной из Корана или Сунны Пророка, либо о ее замене иной нормой, которая противоречит принципам шариата.

Не менее масштабная кодификация выводов исламской правовой доктрины наблюдается в Судане, где в конце 1970-х гг. под председательством Генерального прокурора начала работать Комиссия по приведению законодательства в соответствие с шариатом. Однако радикальные изменения правовой системы страны практически начались в 1983 г. с принятием комплекса законов, представлявших собой кодификацию выводов фикха. Среди них выделялись Уголовный, Уголовный процессуальный и Гражданский процессуальный кодексы, законы о доказывании, призыве к соблюдению одобряемого шариатом и пресечении осуждаемого им⁸. Позднее вступили в силу Кодекс гражданских взаимоотношений, законы о закяте и налогах, а также первый в истории страны Закон о личном статусе мусульман.

По своему содержанию все эти акты закрепляли выводы доктрины, главным образом ханафитского толка. Так, Уголовный кодекс (1983) воспринял шариатские меры ответственности за преступления категории худуд и кисас, а Уголовный процессуальный кодекс (1983) ввел членовредительские санкции и телесные наказания, применяемые по принципу талиона. Строгое следование положениям фикха характерно даже для Закона о дорожном движении (1984), который предусмотрел предоставление денежной компенсации за причинение смерти и телесных повреждений, а также возмещение материального ущерба в результате ДТП согласно выводам исламской правовой доктрины.

Исследователи обоснованно подчеркивают, что в 1983 г. правовая политика Судана круто повернула в сторону претворения шариата путем кодификации фикха [Аль-Кабаша аль-Макашифи Таха, 1986: 13-14]. В результате такой эволюции практически все ключевые отрасли права страны переориентировались на исламскую правовую доктрину как на свой материальный

⁸ Available at: <http://www.moj.gov.sd> (дата обращения: 26.07.2019)

источник. Прямое указание на это встречается в суданском законодательстве. Например, Закон о личном статусе мусульман (1991), упоминая ханафитскую школу фикха, прямо предусматривает, что его общие положения надлежит толковать и конкретизировать в соответствии с историческим источником, из которого взято его содержание.

Близкая по смыслу логика пронизывает и Закон об основах вынесения судебных решений (1983), которому принадлежит, пожалуй, центральная роль среди шариатских законов, принятых в Судане. Именно он завершил формирование правовой системы на основе шариата, ограничив правосудие его рамками. Согласно ему, при толковании положений законодательства судья должен исходить из того, что законодатель не ставит целью нарушить шариат, т.е. воспрепятствовать реализации однозначно установленных им обязательных действий либо разрешить совершение запрещенных им действий. Вместе с тем предполагается, что законодатель принимает во внимание предписания шариата относительно рекомендуемых и осуждаемых действий. Одновременно толкование судьей обобщающих и оценочных предписаний закона должно соответствовать нормам, принципам и общему духу шариата. Все правовые термины и формулировки судья обязан интерпретировать в смысле методологических и лингвистических правил, выработанных фикхом. Понятно, что данные установки прочно связывают толкование судом позитивного права и судебную практику в целом с шариатом, без учета которого нельзя уяснить содержание никакого закона. Тем самым позиции фикха в качестве материального источника современного исламского права получают дополнительное нормативное закрепление.

Таким образом, в Ливии, Йемене и Судане претворение шариата путем кодификации фикха приобрело максимальный размах. Но исламизация законодательства с обращением к фикху как к материальному источнику права имеет место и в других странах, хотя в более скромных масштабах. Характерен в этом отношении пример Египта, где с конца 1960-х гг. работали сменявшие друг друга комиссии по приведению законодательства в соответствие с шариатом. Первой из них в 1968 г. была создана Подготовительная комиссия кодификации фикха, работавшая под эгидой Академии исламских исследований Аль-Азхара, крупнейшего в мусульманском мире исламского исследовательского и образовательного центра. Данная структура разработала немало доктринальных сводов норм различных толков фикха по разнообразным вопросам⁹. Их публикация рассматривалась как подготовительный шаг к принятию соответствующего законодательства.

⁹ См., напр.: Проект кодификации норм шариата по толку имама Ахмада бин Ханбала. Подготовлен Подготовительной комиссией по кодификации шариата под контролем Академии исламских исследований. Каир, 1972 (на араб. яз.).

Такая работа активизировалась после внесения в 1980 г. изменений в Конституцию Египта, по которым принципы шариата были объявлены главным источником законодательства. Верховный конституционный суд пришел к выводу, что впредь ни один принимаемый закон не может противоречить данным принципам, под которыми, в частности, следует понимать однозначно установленные положения шариата и общие принципы фикха¹⁰.

С учетом данного требования к 1982 г. в египетский парламент были внесены проекты кодексов гражданских отношений и морской торговли, законов о доказывании и судебном процессе, уголовного и торгового кодексов. На заседаниях парламента подчеркивалось, что их положения прямо заимствованы из шариата либо сформулированы на основе его норм и исходных начал. При этом все статьи законопроектов подкреплялись ссылками на шариатские предписания, из которого они извлечены, с тем, чтобы при их толковании можно было обратиться к соответствующим источникам фикха¹¹.

Опыт функционирования специального института, разрабатывающего проекты исламизации правовой системы, накоплен и в Кувейте. Здесь еще в 1976 г. было принято решение правительства о развитии и модификации законодательства в соответствии с нормами шариата [Ас-Сабах Ибрахим Дуайдж, 2000: 317-324]. Оно предусматривало создание комиссий по подготовке и изменению законов на основе заимствования норм шариата с учетом традиций страны. Главным результатом этой деятельности стало принятие в 1984 г. Закона о личном статусе.

В 1991 г. декретом эмира была создана Высшая консультативная комиссия по полному претворению в жизнь норм шариата¹². Ее функции включают ревизию действующих нормативно-правовых актов и внесение предложений по приведению всего законодательства в соответствие с шариатом, учитывая условия развития страны и ее интересы. Итогом работы Комиссии к концу 2017 г. явилось внесение нескольких десятков предложений по изменению и дополнению кувейтского законодательства в целях приведения его в соответствие с нормами шариата. Причем, как правило, эти новеллы обосновываются выводами доктрины. Например, предложения по изменению ряда статей Гражданского кодекса (1980) сопровождаются ссылками не только на положения аналогичных кодексов ОАЭ и Судана, в существенной степени ориентирующихся на шариат, но и на ранее упомянутое произведение Кадри-Паши о проблематике собственности и обязательств.

¹⁰ См.: Арабская Республика Египет. Верховный конституционный суд. Ч. 3. Каир, 1987. С. 215–224 (на араб. яз.).

¹¹ См.: Арабская Республика Египет. Народное собрание. Комиссия по кодификации норм шариата. Приложение № 16. Предложение проекта кодекса гражданских взаимоотношений. Каир, 1982. С. 3 (на араб. яз.).

¹² Available at: [http:// www.sharea.gov.kw](http://www.sharea.gov.kw) (дата обращения: 03.02.2018)

Независимо от масштабов кодификации фикха в современных арабских странах всех их объединяет общая черта — последовательная ориентация семейного права и иных институтов личного статуса на шариатские нормы. Во всех указанных государствах, кроме Саудовской Аравии, данная отрасль представлена законодательством, закрепляющим шариатские нормы. Его материальным источником выступает доктрина. В большинстве случаев речь идет об определенном толке фикха. Но нередко такое законодательство воспринимает выводы различных его школ, которые полнее отвечают интересам и условиям страны. Например, пояснительная записка к Закону о личном статусе Кувейта (1984) пестрит ссылками на произведения не только преобладающего в стране маликитского толка фикха, но и других его направлений в качестве материального источника данного акта¹³.

Уникальной особенностью Семейного кодекса Бахрейна (2017) является то, что он применяется как к суннитам (главным образом, маликитам), так и к шиитам джафаритского толка¹⁴. Наряду с общими для них нормами этот акт предусматривает различные правила по отдельным вопросам для последователей двух указанных направлений ислама. Такая черта подтверждает, что материальным источником данного закона является фикх двух толков. Об этом свидетельствует и то, что внесение в него изменений возможно только при участии в их разработке экспертов обеих школ фикха — маликитской и джафаритской.

Прямое указание на то, что материальным источником арабского законодательства по вопросам личного статуса выступает исламская правовая доктрина, содержит Закон о личном статусе ОАЭ (2005)¹⁵, по которому при толковании его статей надлежит обращаться к тому толку фикха, из которого они взяты.

Ориентация права арабских стран на положения доктрины ярко проявляется в еще одной общей тенденции — законодательном закреплении ее принципов. Многие из них включены в гражданские кодексы Судана, ОАЭ и Йемена, законы о доказывании Ирака и Судана, Закон о личном статусе мусульман Судана. Такие принципы, приравняемые к однозначно установленным предписаниям шариата, были выработаны исламской правовой доктриной [Аз-Зухейли М., 2006]. Поэтому их фиксацию в законодательстве следует рассматривать как важный образец выполнения фикхом роли материального источника современного права.

В некоторых рассматриваемых странах используются и иные формы ограничения нормотворческой деятельности государства шариатом. На-

¹³ Available at: <http://www.e.gov.kw> (дата обращения: 30.07.2019)

¹⁴ Available at: <http://www.legalaffairs.gov.bh> (дата обращения: 06.08.2019)

¹⁵ Available at: <http://www.moj.gov.ae> (дата обращения: 01.08.2019)

пример, по Закону о верховном суде ОАЭ (1973) данный орган применяет законы страны, которые соответствуют нормам шариата. Близкое по смыслу положение содержат Основной низам (регламент) о власти, низамы о правосудии, шариатском (гражданском) и уголовном процессе Саудовской Аравии¹⁶. В соответствии с ними суды применяют действующие низамы, которые не противоречат Корану и Сунне Пророка, а полномочия Верховного суда Королевства включают контроль за точным применением актов, отвечающих данному условию. Показательно, что Низам об уголовном процессе называет основанием недействительности процессуального действия его совершение с нарушением низамов, извлеченных из норм шариата.

Иначе говоря, в ОАЭ и Саудовской Аравии допускается действие только таких нормативно-правовых актов, которые не противоречат шариату. Понятно, что фикх может рассматриваться материальным источником лишь тех из них, которые прямо воспроизводят выводы исламской правовой доктрины. Но даже когда речь идет о законодательстве, которое подготовлено без непосредственного обращения к положениям фикха, но не вступает в конфликт с ними, к его материальному источнику должны предъявляться особые требования. Ведь содержание принимаемого нормативно-правового акта не может идти вразрез точно сформулированным положениям Корана и Сунны Пророка. Поскольку такие предписания определяет фикх, его выводы следует рассматривать в неразрывном единстве с материальным источником указанного законодательства.

В связи с этим отметим, что в Саудовской Аравии в официальных документах не используются термины «закон» и «законодательство», поскольку первый из них по-арабски передается заимствованным словом «канон», которое ассоциируется с иностранным влиянием, а второй является однокоренным с термином «шариат». Считается, что единственным законодателем в точном смысле является Аллах, а законодательством — шариат [Аль Дурейб С., 1984: 245-251]. Такая концепция исходит из того, что государство обладает не законодательными в точном смысле, а лишь регламентарными полномочиями, поскольку может вводить нормы только в рамках шариата в целях конкретизации и реализации его положений. По этой причине нормативно-правовые акты высшего уровня именуется в Саудовской Аравии низамами, т. е. регламентами [Hanson M., 1987: 289]. В Основном низаме о власти (1992) говорится, что Коран и Сунна Пророка являются Конституцией Королевства. Они главенствуют над данным актом и всеми остальными низамами государства.

В целом исламизация правовой жизни арабского мира сохраняется и порой даже усиливается. Поэтому фикх будет продолжать играть активную

¹⁶ Available at: <http://www.boe.gov.sa> (дата обращения: 07.08.2019)

роль материального источника современного исламского права, что является непременным условием претворения шариата в правовой жизни указанных стран.

2. Фикх как юридический источник современного права

Значение исламской правовой доктрины не сводится к тому, чтобы служить исходным материалом, к которому обращается законодатель при разработке нормативно-правовых актов. В современных арабских государствах фикх зачастую применяется непосредственно в качестве юридического источника права практически на всех уровнях правовой системы, где в той или иной степени действует исламское право.

В отличие от Средневековья, статус фикха как юридического источника теперь, как правило, закрепляется законодательно и формулируется по-разному. Нередко нормативно-правовые акты отсылают к шариату в целом, его принципам и нормам, которые должны применяться в качестве юридического источника вообще или по конкретным вопросам. При этом понимание шариата может конкретизироваться через упоминание положений Корана и Сунны. Встречается также прямая ссылка на определенную школу доктрины или на тот ее толк, на основе которого был подготовлен закон. В отдельных случаях роль юридического источника отводится не конкретному толку фикха, а наиболее подходящему к той или иной ситуации. Наконец, можно обнаружить примеры признания такой роли за отдельными произведениями мусульманских правоведов.

Уникальным образцом в этом отношении является правовая система Саудовской Аравии, где государственная правовая политика исходит из того, что негативные последствия тотальной кодификации фикха перевешивают ее потенциальные позитивные результаты [Аль-Касим А., 1977: 12–30]. В итоге страна до сих пор обходится без уголовного, гражданского и семейного кодексов, иного законодательства. Более того, в системе юридических источников позитивного права Королевства фикх-доктрина пользуется приоритетом в сравнении с актами.

Такое соотношение закреплено Основным низамом о власти (1992), который гласит, что судьи независимы и в своей деятельности подчиняются только нормам шариата и низамам. Одновременно данный акт устанавливает, что суды по всем рассматриваемым делам применяют нормы шариата в соответствии с предписаниями Корана и Сунны Пророка, а также принимаемые компетентными государственными органами низамы, которые им не противоречат. Показательно, что Основной низам ставит предписания шариата перед законодательством.

Аналогичное положение дословно воспроизводят низамы о шариатском (гражданском) и уголовном процессе, а Низам о правосудии возлагает на Верховный суд контроль за претворением норм шариата и низамов, которые им не противоречат. Вновь шариат упоминается раньше низамов, что наглядно подтверждает его приоритетное место в правовой системе страны. Кроме того, в соответствии с низамом об уголовном процессе любое процессуальное действие, противоречащее нормам шариата, является недействительным, а одним из оснований обжалования судебного приговора выступает его принятие с нарушением шариата.

Особенностью правовой системы Королевства является нормативное закрепление конкретных источников фикха, на которые ориентируются органы правосудия. Верховный суд страны еще в 1928 г. принял решение, согласно которому суды должны, как правило, применять выводы ханбалитского толка, хотя в отдельных случаях могут обращаться к иным школам фикха. Одновременно в указанном решении были названы авторитетные произведения ханбалитских правоведов и установлен порядок обращения к ним при вынесении судебных решений¹⁷.

Законодательство ряда других арабских стран также закрепляет статус фикха в качестве юридического источника действующего права. Прежде всего, это относится к правовому регулированию отношений личного статуса. Например, в Судане до принятия Закона о личном статусе мусульман (1991) согласно Гражданскому процессуальному кодексу (1983) по этим вопросам применялись выводы ханафитского толка фикха. В соответствии с Семейным кодексом Катара (2006) к мусульманам, не придерживающимся преобладающей в стране ханбалитской школы, по семейным вопросам применяются положения того толка фикха, которому они следуют¹⁸. Аналогичное по смыслу положение закрепляет Закон о личном статусе Кувейта (1984) с той разницей, что в нем упоминается не ханбалитский, а маликитский толк. Одновременно Гражданский кодекс данной страны (1980) установил, что по вопросам наследования и завещания применяются нормы шариата. Такое правило сохранилось и после принятия Закона о личном статусе, который указанные отношения в целом регулирует.

В то же время этот акт содержит прямые или подразумеваемые ссылки на фикх по иным вопросам. Так, он предусматривает, что завещание является действительным, если оно не связано с совершением греха, и мотивы завещателя не противоречат целям шариата. Завещание, оставленное немусульманином, принимается при условии, что оно не запрещено шариатом.

¹⁷ См.: Правосудие в Королевстве Саудовской Аравии. История, институты, принципы. Б. м., 1419 г. х. С. 68-69 (на араб. яз.).

¹⁸ Available at: <http://www.almeezan.qa> (дата обращения: 07.08.2019)

Включаемое в завещание условие не может вступать в конфликт с шариатом. Понятно, что реализация таких положений закона невозможна без обращения к фикху как к юридическому источнику.

Особенностью бахрейнского Семейного кодекса (2017), как уже отмечалось, является закрепление в нем выводов маликитского и джафаритского толков фикха. Это отражается и на статусе доктрины как юридического источника. Например, согласно данному акту, действительность и недействительность брака определяются в соответствии с указанными школами фикха. Это же касается заключения брака. Кроме того, установлено, что по вопросам наследования, завещания, дарения и вакфов применяются выводы того толка фикха, которому следует наследодатель, даритель, завещатель или учредитель вакфа.

Закрепление статуса доктрины в качестве юридического источника встречается и в другом законодательстве арабских стран. Например, Гражданский процессуальный кодекс Йемена (2002) устанавливает, что при реализации принципа равенства сторон в процессе судья связан нормами шариата. Предусмотрено также, что к основаниям обжалования судебных решений относится их вынесение с нарушением норм шариата. Одновременно иностранный исполнительный документ может быть исполнен в Йемене, только если он не противоречит шариату, а иностранец пользуется судебной защитой в соответствии с его нормами. Аналогичным образом следует оценить норму Закона о закяте (1999), который толкует закят как часть имущества мусульманина, определяемую в соответствии с установленными шариатом условиями. Йеменский Закон об исламских банках (1996) предусматривает, что устав исламского банка не может противоречить шариату, а его деятельность должна соответствовать конституции и нормам шариата. Отметим также статьи Гражданского кодекса (2002), допускающие применение норм международного и иностранного права лишь при условии, что они не противоречат шариату. Очевидно, данные законодательные положения нельзя реализовать без обращения к выводам фикха.

В специфической форме роль исламской правовой доктрины как юридического источника закрепляет бахрейнский Закон о судебной власти (2002), в соответствии с которым все шариатские суды, рассматривающие дела по вопросам личного статуса, включают две палаты — суннитскую и шиитскую. Причем их юрисдикция зависит от толка фикха, в соответствии с которым, например, заключен брак, или которому следует наследодатель, даритель, завещатель или учредитель вакфа. Иными словами, выбор палаты определяется той или иной школой доктрины, которая в данном случае играет роль юридического источника.

Особого внимания заслуживает место фикха как юридического источника в современном уголовном праве арабских стран. Так, ливийский Закон о

наказании шариатскими санкциями кражи и грабежа (1996 г. с поправками 2016 г.) предусматривает, что данные преступления доказываются признанием обвиняемого либо свидетельскими показаниями двух мужчин. Действительность таких доказательств и условия их принятия определяются с учетом известных выводов наиболее приемлемых толков фикха. Аналогичное по смыслу положение содержат Закон о запрете алкоголя (1994) и Закон о наказании за внебрачные сексуальные отношения (1973 с изменениями 2016) применительно к доказыванию совершения соответствующих преступлений.

Максимально широко статус доктрины в качестве юридического источника закрепляют уголовные кодексы ОАЭ и Катара, которые предусматривают, что по преступлениям категорий хууд и кисас в целом применяются нормы шариата. Причем, если в Катаре указанные преступления хотя бы перечислены в законе, то Уголовный кодекс ОАЭ их не называет. Поэтому для их определения и выбора санкций за их совершение надлежит обращаться к выводам фикха. Именно так и поступают суды, приговоры которых основаны на авторитетных произведениях маликитского толка исламской правовой доктрины.

Указанный подход можно сопоставить с опытом Судана, где Уголовный кодекс (1983) устанавливал шариатские меры наказания за ряд преступлений категории хууд, но одновременно допускал возможность применения таких санкций и за другие преступления указанной разновидности. На этом основании в 1985 г. суд, сославшись на выводы фикха, вынес смертный приговор за вероотступничество, которое прямо не упоминалось в указанном Кодексе [Аль-Кабаша А., 1986: 80–91].

В отдельных странах положения доктрины отнесены к публичному порядку. Примером является его определение в Гражданском кодексе Ливии (1954 с изменениями 2016), который относит к публичному порядку точно установленные и однозначно понимаемые нормы шариата, основанные на соответствующих текстах Корана и Сунны, единогласном мнении мусульманских правоведов, очевидной аналогии или принципах фикха. В соответствии с Кодексом гражданских отношений ОАЭ (1985) публичный порядок включает действующие в стране правовые нормы, касающиеся личного статуса, основ власти, свободы торговли, оборота ресурсов, частной собственности и иных основ, на которых строится общество и которые не противоречат точно установленным нормам и общим принципам шариата. Отметим также положение Закона о личном статусе Кувейте (1984), по которому нормы шариата, касающиеся ключевых вопросов личного статуса, считаются элементами публичного порядка. Такие предписания ставят понимание последнего в зависимость от положений фикха, тем самым превращая их в источник права.

Нельзя пройти мимо указанной роли фикха при толковании современного законодательства арабских стран. В частности, Закон о личном статусе мусульман Судана (1991) устанавливает, что его положения толкуются и конкретизируются на основе исторического источника, из которого данный акт вытекает. Таковым является ханафитская школа фикха. По Закону о личном статусе ОАЭ (2005) для понимания смысла его статей и их толкования следует обращаться к основам фикха и его принципам. Закон о личном статусе Мавритании (2001) устанавливает, что при толковании его содержания надлежит обращаться к положениям маликитского толка фикха¹⁹. По Закону о личном статусе Ирака (1959) при применении его положений суды руководствуются нормами, сложившимися при отправлении правосудия и установленными фикхом²⁰.

Гражданский кодекс Йемена (2002) гласит, что источником толкования законодательных текстов по вопросам имущественных отношений и способов их реализации является фикх, а по Кодексу гражданских взаимоотношений ОАЭ (1985) при его толковании следует обращаться к основам и принципам фикха. Близкое по смыслу положение содержит Кодекс гражданских взаимоотношений Омана (2013), в соответствии с которым при толковании его положений и уяснении их смысла следует обращаться к принципам фикха и его основам²¹. Согласно Закону об исламских банках Йемена (1996) толкование любых законодательных положений относительно таких банков не должно противоречить нормам шариата. Наконец, обращает на себя внимание Уголовный кодекс Ливии (1953 с изменениями 2016), который предусматривает, что все законодательные положения, касающиеся преступлений категорий хууд и кисас, толкуются согласно наиболее мягкому в конкретной ситуации толку фикха.

3. Фикх — субсидиарный источник современного права

В современных арабских странах исламская правовая доктрина активно проявляет себя в качестве субсидиарного источника права. Прежде всего, это характерно для законодательства по вопросам личного статуса и семьи.

Например, египетский Закон о регулировании некоторых вопросов личного статуса (2000) и суданский Закон о личном статусе мусульман (1991) предусматривают, что при отсутствии законодательной нормы суд применяет наиболее предпочтительные выводы ханафитского толка фикха. Аналогичный мавританский Закон (2001) в такой ситуации отсылает суд к извест-

¹⁹ Available at: <http://www.justice.gov.mr> (дата обращения: 22.08.2019)

²⁰ Available at: <http://www.arb.parliament.iq> (дата обращения: 25.08.2019)

²¹ Available at: <http://www.omanlegal.org> (дата обращения: 25.08.2019)

ным положениям маликитской школы фикха, а марокканский Семейный кодекс (2003)²² в случае молчания закона ориентирует суд на взгляды этой же школы при условии реализации ценностей ислама, справедливости, равенства и поддержания семейных отношений в рамках предписаний шариата. Кувейтский Закон о личном статусе (1984) при отсутствии в нем необходимой нормы также предписывает обращаться к известным выводам маликитского толка, но одновременно предусматривает, что если их нет, надлежит применять иные положения данной школы. Когда их не удастся обнаружить, Закон предлагает применять общие принципы указанного толка.

Нередко роль субсидиарного источника закрепляется не за одним, а несколькими толками доктрины. В частности, по Закону о личном статусе ОАЭ (2005) при его молчании следует искать решение последовательно в известных выводах маликитского, ханбалитского, шафиитского и ханафитского толка. Ливийский Закон о браке и разводе (1984 с изменениями от 2015) гласит, что в отсутствие в нем необходимой нормы суд выносит решение в соответствии с признаваемыми толками фикха, в наибольшей степени соответствующими содержанию данного акта.

Законодательство о личном статусе некоторых стран признает субсидиарным источником права не только отдельные школы фикха, но и фикх в целом и даже шариат. Например, иорданский Закон о личном статусе (2010)²³ в случае своей пробельности адресует суд к предпочтительному выводу ханафитского толка, а при его отсутствии — к нормам фикха, в наибольшей степени соответствующим его содержанию. В целом по сходному пути идет катарский Семейный кодекс (2006), который при отсутствии в нем нужного правила предписывает применять предпочтительное мнение ханбалитской школы фикха, если суд не сочтет необходимым прибегнуть к иному ее положению, обосновав такой выбор в своем решении. При отсутствии в указанной школе соответствующего правила суд вправе обратиться к наиболее приемлемому решению любого из четырех суннитских толков. Однако если такое оказывается невозможным, Кодекс требует применить общие принципы фикха.

Близкой позиции придерживается бахрейнский Закон о семье (2017), согласно которому, если в нем не находится нужной нормы, в отношении суннитов суд выносит решение по известным выводам маликитского толка фикха, а при их отсутствии — по позициям иных суннитских толков. Применительно к шиитам при молчании Закона применяются известные положения джафаритской школы исламской правовой доктрины. Если же это невозможно, суд выносит решение по общим принципам фикха и предписаниям шариата с обоснованием такого выбора.

²² Available at: <http://www.justice.gov.ma> (дата обращения: 04.09.2019)

²³ Available at: <http://www.moj.gov.jo> (дата обращения: 07.02.2019)

Иракский Закон о личном статусе (1959) в случае своего молчания не упоминает фикх, а в качестве субсидиарного источника называет принципы шариата, наиболее полно отвечающие смыслу его текста. Еще более широкое решение данного вопроса предлагает йеменский Закон о личном статусе (1992), обязывающий судью в данном случае применять самые убедительные источники шариата. Наконец, максимально емкое определение субсидиарного источника можно найти в алжирском Семейном кодексе (1984)²⁴, который при отсутствии необходимой нормы требует применять нормы шариата без их конкретизации.

Признание шариата или фикха субсидиарным источником права абсолютно логично для законодательства по вопросам личного статуса, которое в рассматриваемых странах целиком опирается на доктрину как на исторический источник. Иной характер носит гражданское законодательство, которое отнюдь не во всех арабских странах следует исламской традиции. В большинстве из них оно ориентируется на европейские правовые образцы в сочетании с восприятием лишь отдельных институтов, принципов и норм фикха. Однако несмотря на такую специфику гражданские кодексы арабских стран закрепляют статус фикха или шариата как субсидиарного источника данной правовой отрасли.

Так, гражданские кодексы Ливии (1954), Судана (1984) и Йемена (2002), испытывающие серьезное влияние ислама, предусматривают, что при отсутствии в них необходимой нормы суд применяет общие принципы шариата. Причем, согласно йеменскому акту, иные субсидиарные источники (например, обычай) могут использоваться, если они не противоречат указанным принципам. Подчеркнем, что под шариатом или его принципами фактически понимаются выводы фикха, о чем свидетельствует Кодекс гражданских взаимоотношений ОАЭ 1985 г. — пример наиболее масштабного заимствования шариатских норм. Он гласит, что если суд не находит в нем нужного правила, то применяет шариат, но при условии выбора наиболее приемлемого решения из маликитского и ханбалитского толков фикха. При отсутствии в них необходимого вывода суд обращается к мнениям шафиитской и ханафитской школы исламской правовой доктрины, а выбор среди них диктуется интересами разрешения рассматриваемого спора.

Шариат или фикх признаются субсидиарным источником гражданского права и в тех странах, где соответствующее законодательство испытывает минимальное воздействие ислама и практически полностью подчинено европейской традиции. Данное положение закрепляется в разной форме. Например, гражданские кодексы Египта (1948), Сирии (1949), Ирака (1951), Алжира (1975) и Катара (2004) в случае своего молчания адресуют суд к

²⁴ Available at: <http://www.joradp.dz> (дата обращения: 04.09.2019)

принципам шариата. Причем иракский Кодекс поясняет, что в отсутствие в нем нужной нормы следует применять такие принципы шариата, которые в наибольшей степени соответствуют его содержанию без связанности конкретным толком фикха. Бахрейнский Гражданский кодекс (2001) признает субсидиарным источником шариат в целом с ориентацией на наиболее приемлемые взгляды внутри него с учетом реалий страны и ее условий.

В отдельных случаях роль субсидиарного источника гражданского права отводится непосредственно фикху, иногда вместе с шариатом. Так, Гражданский кодекс Кувейта (1980) гласит, что при отсутствии в нем необходимой нормы суд выносит решение в соответствии с положениями фикха, наиболее соответствующими реалиям страны и ее интересам. Согласно оманскому Кодексу гражданских взаимоотношений (2013), если суд не находит в нем нужного правила, он применяет нормы фикха, а в их отсутствие — общие принципы шариата. Иорданский Гражданский кодекс (1976) при своем молчании отсылает суд к нормам фикха, в наибольшей мере соответствующим его содержанию, а в случае невозможности их установить — к принципам шариата. Наконец, уникальной особенностью мавританского Кодекса обязательств и сделок (1989) является закрепление конкретного — маликитского — толка фикха в качестве субсидиарного источника.

Доктрина проявляется себя в данной роли и в других отраслях и институтах, в частности, в торговом, налоговом, уголовном и процессуальном праве. Однако в отличие от отрасли личного статуса, полностью ориентирующейся на шариат, доктрину как субсидиарный источник признает не любое законодательство по указанным вопросам, а лишь нормативно-правовые акты, заимствованные из шариата. Данная особенность отличает такие акты от тех арабских гражданских кодексов, которых не включают норм фикха, но считают его субсидиарным источником.

Показательно в этом отношении законодательство Ливии, которое модифицировалось по мере исламизации правовой системы, что отразилось в различных формах закрепления статуса фикха как субсидиарного источника права. Так, Закон о вакфах (1972) в случае своего молчания адресует суд к известным и предпочтительным мнениям маликитской школы доктрины. Принятые в 1972–1974 гг. законы о введении шариатских санкций за кражу и разбой, употребление алкоголя и ложное обвинение во вступлении в сексуальные отношения вне брака первоначально предусматривали сходное правило. Однако в 1975 г. специальный Закон изменил данную формулу и предписал при отсутствии нужной нормы обращаться к известным положениям не маликитского, а наиболее приемлемого толка фикха.

Аналогичное положение с самого начала было предусмотрено Законом о наказании за вступление во внебрачные сексуальные отношения (1973), а в дальнейшем оно включалось и в иное ливийское законодательство. В част-

ности, действующий Закон о наказании шариатскими санкциями кражи и разбоя при отсутствии в нем необходимой нормы обязывает суд применять известные выводы наиболее приемлемого толка фикха. Интересен пример Закона о кисасе (талионе) и дии (денежной компенсации за убийство) (1994), который первоначально признавал субсидиарным источником принципы норм шариата, в наибольшей степени соответствующие его содержанию. Однако в 2016 г. данное положение было изменено, и теперь в случае молчания указанного Закона суд применяет нормы шариата, установленные наиболее приемлемым толком исламской правовой доктрины.

Наряду с этим в ливийском законодательстве можно встретить закрепление в качестве субсидиарного источника права не выводов фикха, а шариата. Так, Закон о сукук (исламских ценных бумагах) (2016) в случае своего молчания отсылает судью к нормам шариата и положениям иных законов, которые не противоречат его предписаниям.

Торговое, налоговое и процессуальное законодательство других арабских стран также дает примеры признания исламской правовой доктрины субсидиарным источником права. В частности, йеменский Торговый кодекс (1991) и Закон о закяте (1999) в случае своего молчания предписывают суду применять нормы шариата, а Закон о вакфах (1992) в такой ситуации требует применять наиболее авторитетные источники шариата. Кроме того, Закон ОАЭ о доказывании по гражданским и торговым вопросам (1992) дословно воспроизводит положение Кодекса гражданских взаимоотношений (1985), который гласит, что если суд не находит в нем нужного правила, то применяет шариат, но при условии выбора наиболее приемлемого решения из маликитского и ханбалитского толков фикха. При отсутствии в них необходимого вывода суд обращается к мнениям шафиитской и ханафитской школы исламской правовой доктрины, руководствуясь интересами разрешения рассматриваемого спора.

Наконец, обратимся к опыту Судана, который является единственной арабской страной, где признание фикха субсидиарным источником не ограничено какой-либо отраслью права, а закреплено на уровне практически всей правовой системы страны. Согласно Закону об основах вынесения судебных решений (1983), если отсутствует законодательная норма по любому вопросу, кроме уголовного дела, судья применяет шариатскую норму, установленную текстом Корана и Сунны Пророка. При отсутствии такого текста судья самостоятельно формулирует правило, придерживаясь при этом общих положений шариата и его принципов, аналогии на основе шариатских норм, целей шариата в интересах реализации интересов и предупреждения вреда, презумпции не обременения человека имущественными обязательствами и дозволения по мирским вопросам, а также следуя выводам ученых по вопросам фикха и сформулированным ими принципов фикха.

Заключение

Анализ фикха-доктрины как источника права арабских государств позволяет лучше понять некоторые характерные черты современного исламского права. К таким чертам можно отнести соотношение между доктриной и нормативно-правовым актом в качестве его источников. В частности, кодификация фикха, играющего роль материального (исторического) источника законодательства, является примером взаимодействия европейской и исламской правовой культуры. Одновременно, как было показано, фикх-доктрина может играть роль субсидиарного источника законодательства, не только представляющего собой кодификацию шариатских норм, но и воспроизводящего европейские правовые образцы. Такая практика также наглядно подтверждает, что современное исламское право может позитивно сочетаться с европейской правовой культурой в рамках национальной правовой системы.

Исследование роли исламской правовой доктрины в качестве источника права выявило и другую линию развития современного исламского права — последовательный отказ от связанности определенным толком фикха. Такая тенденция вместе с влиянием европейской традиции составляет важную особенность нынешнего варианта исламского права как самостоятельной правовой системы, способной изменяться и отвечать современным реалиям.



Библиография

Аль Дурейб С. Судебная система Королевства Саудовской Аравии в свете шариата и низама о судебной власти. Ч. 2. Эр-Рияд: Дар аль-Хилал, 1984. 408 с. (на араб. яз.).

Аль-Кабаша Аль-Макашифи Таха. Претворение шариата в Судане: правда и сомнения. Каир: Аз-Захра ли-ль-Илам ал-Араби, 1986. 160 с. (на араб. яз.).

Аль-Касим А. Ислам и кодификация норм. Настоятельный призыв к кодификации норм шариата. Мекка: Б изд., 1977. 411 с. (на араб. яз.).

Аль-Ашмави М. Исламский шариат и египетское право (сравнительное исследование). Каир: Мактаба Матбули, 1988. 110 с. (на араб. яз.).

Аль-Халаби И. Слияние морей. Ч. 1-2. Бейрут: Муассаса ар-Рисала, 1989. 780 с. (на араб. яз.).

Аз-Зухейли М. Принципы фикха и их претворение в четырех толках. Дамаск: Дар аль-Фикр, 2006. 1344 с. (на араб. яз.).

Ас-Сабах И. Исламская законность против конституционной законности. Каир: Дар аш-Шурук, 2000. 366 с. (на араб. яз.).

Кадри-Паша М. Книга-наставление жаждущему узнать статус человека по вопросам шариатских взаимоотношений по школе Великого имама Абу Ханифы ан-Нумана в соответствии с обычаями земель Египта и иных мусульманских общин. Булак: Низара аль-Маариф аль-Умумийя, 1891. 174 с. (на араб. яз.).

Butti A., Butti S. 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, no 3, pp. 219–244.

Glenn P. *Legal Traditions of The World. Sustainable Diversity in Law*. 4th ed. Oxford: University Press, 2010, 418 p.

Hanson M. The Influence of French Law on the Legal Development of Saudi Arabia. *Arab Law Quarterly*, 1987, no 3, pp. 272–291.

Layish A. The Transformation of the Shari'a from Jurists' Law to Statutory Law in the Contemporary Muslim World. *Die Welt des Islam*, 2004, issue 1, pp. 85–113.

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

Peters R. From jurists' law to statute law or what happens when the sharia is codified. *Mediterranean Politics*, 2002, no 3, pp. 82–95.

Schacht J. *Islamic Law in Contemporary States*. *The American Journal of Comparative Law*, 1959, no 2, pp. 133–147.

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

Pravo. Zhurnal Vysshey Shkoly Ekonomiki. 2019. No 4

Fikh as Source of Contemporary Law in Arab Countries



Leonid R. Syukiyainen

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



Abstract

Genuine nature of Islamic Law as an independent legal system manifests itself clearly in its sources. During many centuries the Islamic legal doctrine (Fiqh) was playing this role which was replaced by legislation only in 19th century. But till now Fiqh is one of the sources of law in Arab countries. The continuing islamization of their legal systems includes codification of Islamic legal doctrine which acquires the role of material (historic) source of law. This process relies on recognition of Sharia as a source of legislation by constitutions of many Arab states. Together with it ordinary legal acts often stress that their contents is also derived from Fiqh. Such feature mainly concerns personal status relations based in majority of Arab countries on legislation derived from views of Islamic legal doctrine. At the same time this doctrine is playing the role of official (judicial) source of contemporary law in the mentioned countries. For instance, in Saudi Arabia Fiqh is still the prevailing source of law compared with statutory acts. In other countries the doctrine status as a judicial source of law is fixed officially. It refers not only to private law but criminal legislation as well. Many legal norms could not be realized without applying Fiqh provisions. In some Arab countries interpretation of legal norms includes appealing to Sharia. Islamic legal doctrine is playing active role as subsidiary source of contemporary

law, first of all in private branches of legislation. Such legislation recognizes Sharia, its principles or different schools of Fiqh as subsidiary source. This covers not only personal status legislation which is based totally on Islamic provisions but also civil codes of some Arab countries which are influenced not by Sharia but by European legal culture. Commercial, tax and judicial procedure acts also recognize Islamic legal doctrine as a subsidiary source of law. In Sudan there is a unique situation because in this country Sharia and Fiqh are fixed as subsidiary source of law for entire legal system excluding criminal legislation.



Keywords

Sharia, Fiqh, Islamic law, Islamic legal doctrine, codification of Fiqh, islamization of legal system, material source of law, judicial source of law, subsidiary source of law.

Acknowledgments: The article was prepared within the framework of the Academic Fund Program at the National Research University Higher School of Economics (HSE University) in 2018—2019 (grant № 18-01-0026) and within the framework of the Russian Academic Excellence Project «5-100».

For citation: Syukiyainen L.R. (2019) Fikh as Source of Contemporary Law in Arab Countries. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 4, pp. 222–245 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2019.4.222.245



References

- Al Dureib S. (1984) *The Judiciary of Saudi Arabia Kingdom in the Light of Sharia*. Part 2. Er-Riad: Dar-al-Hilal, 408 p. (in Arabic)
- Al-Ashmavi S. (1988) *Islam Sharia and the Law of Egypt (a Comparative Study)*. Cairo: Mactaba Matbuli, 110 p. (in Arabic)
- Al-Kabashi A.-M. (1986) *Following Sharia in Sudan: Truth and Doubts*. Cairo: Az-Zahra li-l' llam al-Arabi, 160 p. (in Arabic)
- Al-Kasim A. (1977) *Islam and Codification. An Urgent Appeal to Sharia Norms Codification*. Mekka: no publisher, 411 p. (in Arabic)
- Al-Khalabi I. (1989) *The Blending of Seas*. Beirut: Muass-ar-Risala, 780 p. (in Arabic).
- As-Sabah I. (2000) *Islamic Legality vs. Constitutional Legality*. Cairo: Dar-Ash-Shuruk, 366 p. (in Arabic)
- Az-Zuheili M. (2006) *The Fikh Principles and its Fulfillment*. Damascus: Dar-Al-Fikr, 1344 p. (in Arabic)
- Butti A., Butti S. (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*, no 3, pp. 219–244.
- Cadri-Pasha M. (1891) *The Admonition for Person Wishing to Know Human Status in Sharia Mutual Relations*. Bulak: Nizara, 174 p. (in Arabic)
- Glenn P. (2010) *Legal Traditions of The World. Sustainable Diversity in Law*. 4th ed. Oxford: Oxford University Press, 418 p.
- Hanson M. (1987) The Influence of French Law on the Legal Development of Saudi Arabia. *Arab Law Quarterly*, no 3, pp. 272–291.
- Layish A. (2004) The Transformation of the Shari'a from Jurists' Law to Statutory Law in the Contemporary Muslim World. *Die Welt des Islam*, issue 1, pp. 85–113.

- Murray J., El-Molla M. (1999) Islamic Shari'a and Constitutional Interpretation in Egypt. *Democracy, Rule of Law and Islam*. The Hague: Springer, pp. 507–524.
- Peters R. (2002) From Jurists' Law to Statute Law, or what Happens when the Sharia is Codified. *Mediterranean Politics*, no 7, pp. 82–95.
- Schacht J. (1959) Islamic law in Contemporary States. *The American Journal of Comparative Law*, no. 2, pp. 133–147.
- Vogel F. (1999) Conformity with Islamic Shari'a and Constitutionality Under Article 2: Issues of Theory, Practice and Comparison. *Democracy, Rule of Law and Islam*. The Hague: Springer, pp. 525–544.