

Явтушенко О. В.,
студент юридичного факультету
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ ПОХІДНИХ ДЖЕРЕЛ МУСУЛЬМАНСЬКОГО (ІСЛАМСЬКОГО) ПРАВА

THEORETICAL AND LEGAL ANALYSIS OF DERIVATIVE SOURCES OF THE MUSLIM (ISLAMIC) LAW

У статті викладено результати теоретико-правового дослідження похідних джерел мусульманського права у цій правовій системі. Аналіз даної проблеми засвідчив необхідність її більш повного та ґрунтовного розкриття. Зроблені в статті висновки можуть бути використанні у ході подальшого порівняльно-правового аналізу правових джерел такого роду, а також майбутнього дослідження цього феномену в ісламському праві.

Ключові слова: *іджма, ісламське право, іджтихад, істихсан, кіяс, мазхаб, мусульманське право.*

В статье изложены результаты теоретико-правового исследования вторичных источников мусульманского права в этой правовой системе. Анализ данной проблемы показал необходимость ее более полного и основательного исследования. Сделанные в статье выводы могут быть использованы в ходе дальнейшего сравнительно-правового анализа правовых источников такого рода, а также перспективного исследования этого феномена в исламском праве.

Ключевые слова: *иджма, исламское право, иджтихад, истихсан, кияс, мазхаб, мусульманское право.*

The article presents the results of a theoretical and legal research of the sources of Islamic law. The conclusions set out in the article can be used in the further comparative legal analysis or researching of this phenomenon in Islamic law.

Key words: *Ijma, ijihad, Islamic law, Istihsan, madhhab, Muslim law, Qiyas.*

Існування, функціонування та подальший розвиток права неможливий без його джерел. Сьогодні усе більшого значення починають набувати похідні джерела права, як такі, що містять у собі доктринальні розробки та мають більш динамічний, порівняно із первинними, характер. У той же час підходи щодо визначення їх місця та сили в системі джерел права є досить дискусійними як серед окремо взятих вчених, так і серед різних правових шкіл. Оцінюючи роль, характер та значення похідних джерел права, велику увагу слід звертати на їх місце в конкретній правовій сім'ї. Актуальність даної статті зумовлюється необхідністю комплексного, в межах системи права, та в той же час фрагментарного, в площині кожної окремо взятої правової школи (мазхабу), дослідження підходів до визначення ролі та місця похідних джерел ісламського права. Дослідження похідних джерел на прикладі мусульманського права актуалізується також тим, що, по-перше, саме в традиційних правових системах вони вважаються офіційним джерелом права; по-друге, значне зростання ісламської релігійної громади, у тому числі в межах Європи, обумовлює необхідність вивчення особливостей цієї правової традиції. Дане дослідження корелюється з такими глобальними проблемами теорії права, як роль та місце джерел права, їх форми і зміст.

Значний внесок у дослідження даної теми був зроблений такими зарубіжними вченими, як Абу Юсуф аль-Ансарі, Ат-Тарманіні, Мохамед Хашим Камалі та ін. Вітчизняна наука, на превеликий жаль, не займалася глибоким аналізом цього питання, хоча і можна виокремити праці таких дослідників, як Д.В. Лук'янов,

С.С. Шестопап, а також Дамирлі Мехман Алішах огли тощо. Зауважимо, що хоча в наведених працях і досліджувалися джерела мусульманського права в загальному їх розумінні, проте сучасний стан ісламського права в глобалістичному світі потребує більш чіткої оцінки та визначення місця і ролі саме похідних джерел згаданої правової системи.

Метою цієї статті є вивчення ролі та місця явища похідних джерел, а саме іджми, кіясу, іджтихад та істихсану в системі джерел мусульманського права, їх історичного та практичного значення у формуванні та еволюції ісламського законодавства. Окрім цього, вивчаються підходи до юридичної сили та визначення завдань згаданих джерел в різних школах мусульманського права (мазхабах).

Задля можливості повного та всеосяжного дослідження похідних джерел мусульманського права, перш за все, постає необхідність охарактеризувати систему джерел цієї правової сім'ї в цілому, визначити її первинні джерела, їх юридичну силу та значення. У цьому контексті необхідно знайти базову дефініцію системи ісламського права взагалі. У широкому розумінні воно отримало назву «фікх». Професор Хасан Фарук при цьому наголошує на необхідності чітко розмежувати поняття «фікх» та «шаріат». У той час як шаріат являє собою сукупність, перш за все, релігійних норм, які мають на меті регулювати найважливіші суспільні відносини, фікх є сукупністю правових норм, які мають відповідний юридичний зміст, оформлені за правилами юридичної техніки, але в той же час засновані на нормах шаріату [1, с. 66]. Українська дослідниця О. Легка також зазначає, що фікх поділяється на дві

частини: перша вказує мусульманину лінію поведінки стосовно собі подібних (муамалат), друга – визначає зобов'язання стосовно Аллаха (ібадат). Із часом терміном «фікх» почали називати процес отримання юридичних знань про поняття та явища, які конкретно не згадувались у первинних джерелах ісламу. Основна функція фікху полягає в збереженні зв'язків між законодавством мусульманської держави та первинними джерелами мусульманського права [7, с. 40]. Із цього випливає, що поняття шаріату є більш широким та всеосяжним, але не завжди всі його положення виконуються саме так, як вказано в релігійних нормах. Унікальність фікху та ісламської юридичної науки полягає саме в тому, щоб належним чином опрацювати релігійні норми, пристосувати їх до умов суспільного життя певного історичного періоду розвитку і згідно з усіма правилами юридичної техніки, тлумачення і теоретико-правових, доктринальних позицій вчених (факіхів) перетворити їх на норми права.

Система джерел ісламського права включає в себе первинні та вторинні. До первинних джерел, як правило, відносять Священну книгу ісламу – Коран, а також Сунну (збірник хадисів, тобто опис життя та діяльності пророка Мухамеда). Сунна складається з описів діянь Мухамеда (філ), його промов (каул) та його схваленень (такарір). Переважна більшість приписів Сунни мають казуальне походження та склалися з переказів протягом декількох століть. Деякі хадиси мають статус достовірних, тобто таких, чинність яких не підлягає сумніву, але деякі такого статусу не мають, тому можуть не визнаватися як джерело права. До вторинних (похідних) джерел мусульманського права абсолютна більшість мусульманських вчених-юристів (факіхів) відносять іджму (одностайну думку) та кіяс (судження за аналогією) [9, с. 43]. П'ятим за значенням джерелом є іджтихад. Це незалежне тлумачення права тим, хто навчився вирішувати ситуацію, яка є новою або для якої немає прецеденту, або авторитетного вираження в іншому джерелі фікху [1, с. 67]. Іджтихад є дозволом для вчених тлумачити шаріат, виробляючи із цього правила фікху. Поява іджми та кіясу пов'язана з виникненням нових суспільних відносин, врегулювання яких неможливе лише виключно на основі приписів Корану та Сунни. Необхідність усунення цих прогалин обумовила визнання вторинних джерел мусульманського права [7, с. 41]. Так, похідні джерела права є досить динамічними, значним чином залежать від історичного періоду розвитку та тісно пов'язані з юридичною доктриною.

Іджма як третє за авторитетністю джерело в системі мусульманського права відіграє важливу роль в ісламському законотворенні. В основі правомірності цього джерела лежить принцип, що мусульманська громада (умма) не може помилятися, якщо виходить із приписів Корану [6, с. 131]. Від імені умми в цьому випадку виступають найавторитетніші факіхи (муджтахіди), що виробляють спільну концепцію (доктрину), яка набуває статусу загальнообов'язковості. «За допомогою іджми було утверджено канонічний

текст Корану, тексти основних збірників хадисів, затверджено перелік мусульманських свят. Отже, Коран і Сунна становлять історичну та концептуально-ідеологічну основу мусульманського права, а іджма формулює конкретні норми права, що застосовують у тих чи інших життєвих ситуаціях» [7, с. 41].

Досить цікавим у контексті витоків та подальшої еволюції такого явища як іджма є колективне дослідження професорів Голдзієра, Шахта і Накешбанді. Вони стверджують, що принцип «консолідованої думки» був запозичений мусульманським правом у римському праві [4, с. 53]. Це поняття відповідає доктрині «*opinio prudentium*» у римському праві, юридична сила якої була затверджена імператором Северієм. Професор Гольдзієр вважає, що ця практика могла цілком бути запозичена арабами через розвиток шкіл риторики та красномовства. Задовго до виникнення консенсусу в ісламі усталена, вироблена найавторитетнішими юристами правова позиція розглядалася як джерело римського права. Те, що консенсус вважався джерелом права, впливає також з Інституцій Гая: «Відповіді юристів – це рішення та думки осіб, уповноважених скласти закон. Якщо вони одностайні, то їх рішення має силу закону» [4, с. 54]. Таким чином, цілком можливо, що римовізантійські впливи значним чином позначилися на формуванні системи мусульманського права. При цьому зазначимо, що в той час як джерелом у винесенні консолідованої думки римських юристів слугував звичай, то для муджтахідів такими джерелами були Коран та Сунна.

Необхідно зазначити, що вчені поділяють іджму за способом вираження на декілька категорій. Аль-іджма аль-саріх («точна іджма») – в такому випадку кожен муджтахід виражає свою позицію або усно, або шляхом публічного здійснення певних дій [2, с. 171]. Сюди ж відноситься й аль-іджма аль-каулі («сказана вголос») – одностайна позиція, що вироблена авторитетними ісламськими юристами в ході публічного обговорення [9, с. 43]. Аль-іджма аль-сукуті («мовчазна згода») – рішення одного муджтахіда, яке не було піддано сумніву та проти якого не було висунуто жодних заперечень [2, с. 171]. Різновидом цієї категорії є аль-іджма аль-амалі («практична») – діяльність, яка не обговорювалася, але одногосно виконується всіма авторитетними мусульманськими вченими та юристами, тобто така, що продиктована практичною звичкою [6, с. 131]. При цьому найавторитетнішою серед вищеперерахованих є «сказана вголос» [6, с. 131]. Це обґрунтовується застосуванням принципу публічного обговорення, наявністю дебатів та досягненням в їх ході загального компромісу.

До похідних джерел відноситься так само й іджтихад, що представляє собою здатність робити висновки щодо питань права у випадках, коли немає певного або явного тексту, або правила, які визначені іджмою (консенсусом) [1, с. 68]. В ісламській термінології іджтихад означає старанність у формулюванні думки або у винесенні правового висновку щодо будь-якого питання, стосовно якого немає чіт-

кої вказівки в Корані чи Сунні. Можна сказати, що іджтихад – це свого роду інструмент, метод, даний мусульманам разом із Кораном та Сунною, за допомогою якого можна знайти відповідь на будь-яке питання в будь-який історичний період. Необхідно відзначити, що особа, яка має право на іджтихад, має відповідати певним вимогам. По-перше, мати богобоязливості і благочестя. Оскільки дана процедура є дуже відповідальною, то виконувати її має людина чесна, що відповідально ставиться до своєї справи. По-друге, знати суть і цілі шаріату, оскільки це важлива умова в процесі пошуку правильної відповіді або рішення. По-третє, знати Коран і Сунну. Без знання цих основоположних джерел здійснювати іджтихад неможливо. По-четверте, знати скасовані норми, вироблені з допомогою іджми та кіясу (насих і мансух). Тільки знання даних норм дозволяє приймати правильні рішення при виникненні протиріч. По-п'яте, обов'язково потрібно знати арабську мову, оскільки оригінали джерел шаріату написані арабською мовою. Особа, що не знає арабську мову, не отримає підтримки серед мусульманських учених [9, с. 44].

Постає необхідність дати загальну характеристику основних юридичних шкіл у мусульманському праві. В ісламі існує дві великих конфесії – шіїти та суніти. Мусульманський світ сунітів поділяється на чотири школи (мазхаби). Перша з них – ханафітська (іракська) школа, що була заснована учнем школи Куфі, що в Іраці – Абу Ханіфом. Їй властива відносна раціональність у методах дослідження окремих приписів і велика обережність у використанні традицій. Ханафізм проникнув з Іраку в Єгипет, Сирію, Персію, Індію, Китай і Центральну Азію. Сьогодні він превалує в Туреччині, мусульманських республіках колишнього СРСР, Йорданії, Сирії, Афганістані, Пакистані, Індії. Друга значна сунітська школа – малікітська (мединська) школа, засновником і головою якої був Малік Ібн Анас. Вона вважається школою, яка найбільше поважає звичаї Медіни, враховує загальний інтерес і закінченість релігійного закону. Ця школа була поширена в Єгипті, Судані, Кувейті, Катару, Бахреїні, Арабських Еміратах і на частині східного узбережжя Аравійського півострова. Малікізм зустрічається сьогодні у країнах Західної Африки. Школа хафецитів була створена Ель Хафеї. Його теорія джерел права виходить з релігійного ідеалу, а не ґрунтується на творчому вивченні практики. Хафецизм має прихильників у Палестині, Адені й на півдні Аравійського півострова. З ним можна зустрітися також у Пакистані, Єгипті, Індонезії, Малайзії, Індії та Східній Африці, на Цейлоні і Філіппінах. Ханбалізм – по імені його засновника Ахмада Ібн Ханбала – вважається найбільш суворою зі шкіл через надзвичайну прихильність до традицій. Сьогодні його прихильники мешкають в основному в Саудівській Аравії та в деяких місцевостях Іраку і Сирії [8, с. 42]. Шіїтський напрямок ісламу розпався на дві школи. Школа зейдитів, заснована Зейдом бен Алі, вважається найближчою до сунітських шкіл. Вона переважає у Йемені. Ще одна шіїтська

школа, джафаритська, заснована Саадеком Аль Джа. Її послідовники спираються тільки на традиції імамів – вихідців із родини Пророка. Джафаризм домінує в Ірані [5, с. 11].

Серед критеріїв розмежування мазхабів чи не найголовнішим виступає диференціація по підходах до інтерпретації та сприйняття ролі, місця, значення та суспільних відносин, які може регулювати іджма. Важливо наголосити, що іджма тісно пов'язана з розумінням іджтихаду, його широти та можливості застосування, адже продуктом колективного використання муджтахідами іджтихаду і є іджма. В основі ханафітського мазхабу лежить принцип, що однакова думка вчених-факіхів та умми є основою законодавства та базисом для його побудови, іджма в такому випадку впливає з адміністративної практики та може виноситись як тлумачення до Корану [4, с. 95]. Іджтихад у цьому мазхабі є необмеженим. У мединській школі іджмою вважається лише однакова позиція виключно мединських вчених, а позиція інших муджтахідів, незалежно від їх авторитетності, не враховується, при цьому можливості іджтихаду є досить вузькими та обмежуються [6, с. 131; 4, с. 154]. Окремо стоїть не згадана вище школа шафіїтів, заснована факіхом аш-Шафі. Вона має у своїй основі тезу, що іджма може вироблятися як народними зборами умми, так і муджтахідами цієї умми. При цьому значення іджми в такому випадку висувається на один шабель із Кораном, адже саме вона «конкретизує та інтерпретує його у відповідності до пануючої в певний історичний момент часу правової думки». В уявленні школи аш-Шафі іджма формує загальні принципи мусульманського права, на основі яких має складатися та розвиватися система законодавства [4, с. 202]. «Ворота іджтихаду» тут є повністю відкритими. Вважається, що умма та вчені можуть адаптувати Коран та Сунну до конкретного історичного періоду без будь-яких обмежень. У той час як ханбалітський мазхаб вважає іджмою тільки однакову думку сподвижників пророка Мухамеда, тобто заперече її подальший розвиток, а отже, і забороняє іджтихад як такий взагалі [4, с. 252], то захірітський мазхаб дозволяє із часом переглядати іджму з питань, щодо яких був досягнутий консенсус сподвижниками Пророка [4, с. 260]. Таким чином, підходи до визначення сутності, ролі та місця іджми, яка є результатом застосування іджтихаду в різних школах ісламського права (мазхабах), різняться.

Кіяс («судження за аналогією») застосовують тоді, коли Коран чи Сунна прямо не регулюють конкретно визначене питання, а іджма стосовно цього відсутня. У такому випадку знаходиться найбільш схожа до описуваної в Корані чи Сунні норма, яка адаптується до нового казусу, і таким чином проблема вирішується. Такий підхід уможливує не тільки усунення прогалін у нормативних приписах Корану і Сунни, а й усунення протиріч, що в них містяться. О. Легка зазначає, що таких приписів нараховується декілька десятків [7, с. 42]. Судження за аналогією відрізняється від тлумачення (іджтихаду)

тим, що воно розширює зміст релігійного тексту, доповнює його не тільки інтерпретаційними позиціями вченого-факіха, але й пристосовує їх до конкретної справи. Таким чином, кіяс є інститутом, що перевищує тлумачення. У кіясі головним акцентом є виявлення спільних обставин між двома справами, одна з яких прямо не передбачена первинними джерелами ісламського права. Визначення ефективної причини часто включає в себе інтелектуальне прагнення юриста, який визначає його, використовуючи не тільки семантику даного тексту, але також його розуміння загальних цілей закону [2, с. 180]. Важливо також зазначити про те, що кіяс, як правило, визнається в усіх мазхабах, окрім ханбалітського, де цей феномен не визнається джерелом права взагалі [5, с. 202].

Істихсан є важливою частиною іджтихаду і грає визначальну роль в адаптації ісламського права до змінних потреб суспільства. Він забезпечує ісламське законодавство необхідними засобами для заохочення гнучкості та зростання. У той же час, через велику гнучкість, факіхи не рекомендували надмірно покладатися на істихсан, щоб це не призвело до призупинення приписів шаріату і не стало способом їх обійти. Саме тому істихсан став предметом багатьох суперечок серед ісламських юристів. У той час як ханафітська, малікітська та ханбалітська школи визнали істихсан як похідне джерело права, шафіїтська та захарітська відкинули його взагалі і відмовилися давати йому будь-яку силу у формуванні основ ісламського права [3, с. 29]. Істихсан буквально означає «схвалювати або вважати щось кращим». У своєму юридичному розумінні істихсан є способом здійснення особистої думки, щоб уникнути будь-якої жорсткості та несправедливості, яка може виникнути внаслідок буквального виконання чинного законодавства.

Істихсан можна також назвати терміном «юридична перевага», оскільки це передбачає відмову

від встановленого кіясом рішення на користь альтернативного, яке найкращим чином слугує ідеалам справедливості та суспільних інтересів. Застосування діючого закону може виявитися згубним у певних ситуаціях, і відхід від нього може бути єдиним способом досягнення справедливого вирішення конкретної проблеми. Юрист, котрий звертається до істихсана, може вважати закон занадто загальним або надто специфічним і негнучким. В обох випадках істихсан може запропонувати засоби для уникнення труднощів та створення рішення, яке відповідає основним принципам шаріату [2, с. 218]. Досить важливим є те, що, на відміну від кіясу, істихсан має ситуативний, одноразовий характер. Тобто один і той самий істихсан не може бути застосований у різних казусах, а звідти виходить, що він не є безпосередньо джерелом права, а є інститутом, який доповнює та виправляє можливі помилки, допущені в ході застосування іджтихаду та кіясу, забезпечує верховенство справедливості в ісламі.

Таким чином, підходи до визначення ролі та місця похідних джерел ісламського права різного роду можуть диференціюватися у залежності від правової школи (мазхабу), фактичних обставин, історичного розвитку та індивідуального погляду окремо взятого вченого-факіха. У той же час бачимо, що серед похідних джерел мусульманського права представлені унікальні у своєму роді правові інститути, які забезпечують прямий чи опосередкований вплив правової доктрини на ісламське нормотворення, гармонізують релігійні та правові норми в єдине ціле – систему фікху. Подальше, більш деталізоване дослідження кожного з джерел ісламського права, особливо тих, які забезпечують синергію між філософією, науковою доктриною та релігійними приписами дозволить виробити конкретні пропозиції та нові методи оптимізації джерельної бази інших правових сімей, а також прискорити уніфікацію та поступове злиття всіх правових систем світу.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Farooq H. The Sources of Islamic Law / Hassan Farooq. // Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law). – 1982. – № 76. – С. 65–75.
2. Kamali M. H. Principles of Islamic Jurisprudence / Mohammad Hashim Kamali, 1991. – 338 с.
3. Kayadibi S. Istihsan: The Doctrine of Juristic Preference in Islamic Law / Saim Kayadibi. – Kuala Lumpur, 2010. – 347 с. – (Islamic Book Trust).
4. Naqeshbandi A. The doctrine of consensus (Ijma') in Islamic law / A. M. Naqeshbandi. – London: S.O.A.S., University of London, 1958. – 347 с.
5. Weiss B. The Spirit of Islamic Law / Bernard Weiss. – Athens, 2006. – 189 с. – (University of Georgia Press).
6. Артемов В.Ю. Источники и доктринальные школы мусульманского права / В.Ю. Артемов // Журнал российского права. – 2007. – №3. – С. 128–135.
7. Легка О.В. Джерела мусульманського права / О.В. Легка // Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції. – 2015. – № 6. – С. 37–43.
8. Лук'янов Д.В. Исламское право: признаки та тенденції розвитку / Д.В. Лук'янов // Порівняльно-аналітичне право. – 2013. – № 3. – С. 40–43.
9. Усеїнова Г.Р. Место иджтихада в системе источников мусульманского права / Г.Р. Усеїнова, М. Е. Тургумбаев // Известия Национальной академии наук Республики Казахстан. – 2015. – № 4. – С. 42–45.