

### § 1. Загальна характеристика правових систем релігійного типу

Серед компаративістів немає єдності в питанні виокремлення та класифікації систем релігійного права. Так, Р. Давид та К. Цвайгерт і Х. Кетц досліджують лише дві системи релігійного права: мусульманське (ісламське) та індуське<sup>1</sup>. Вітчизняні та російські автори, в основному, також використовують цей поділ. Наведена класифікація є неповною, бо не охоплює всіх правових систем, заснованих на релігійних нормах. Не можна також розглядати окремі релігійні системи, наприклад мусульманське право, як правові сім'ї, оскільки до їх складу не входять інші правові системи. Релігійна правова сім'я поєднує чотири правові системи, а саме: системи мусульманського, індуського, іудейського й канонічного права.

Характерні риси релігійних правових систем

1. Нерозривний зв'язок з релігією. Кожна правова система, що входить до цієї правової сім'ї, є частиною певної релігії — ісламу, індуїзму, іудаїзму, християнства. Норми права засновуються на релігійних уявленнях і віруваннях, унаслідок чого правові й релігійні норми тісно переплетені, а часто і збігаються. У цих системах не відбулося чіткого виокремлення норм права з інших соціальних норм, насамперед релігійних.

2. Розгляд права як результату божественного відкриття, а не як наслідку раціональної діяльності особистості і держави. Право надане раз і назавжди, тож завдання людини в такій системі — лише правильно усвідомити і витлумачити божественні норми. Якщо оцінювати реальність, а не церковні догмати, то необхідно

визнати, що зміст норм релігійного права змінювався протягом історії. Це відбувалося шляхом нового тлумачення релігійними діячами священних текстів. Проте такі релігії, як християнство й іудаїзм, визнали своє право створювати нові норми права.

3. Персональний характер дії права. Це означає, що засноване на релігії право поширює свою дію не на певну територію, а на конкретну релігійну громаду, тобто індивідуально. Це одна з принципових відмінностей релігійних систем права від національних, що поширюють свою дію за територіальною ознакою — на всіх осіб у межах кордонів держави — і екстериторіальною — на своїх громадян за межами держави. Релігійні правові системи поширюють свою дію тільки на осіб, які сповідують певну релігію, незалежно від того, де, на якій території вони мешкають. Якщо особа відмовилася від своєї релігії, вона виходить зі сфери дії цієї правової системи. Таким чином, право не поширюється на іновірців та атеїстів.

4. Визнання соціальної цінності права. В усіх релігіях присутня ідея богоугодного характеру права і воно визнається необхідним елементом справедливого суспільного устрою. Р. Давид зазначає, що існує два види принципів, якими керуються незахідні країни. Одні визнають велику цінність права, але саме право розуміють інакше, ніж на Заході (країни мусульманського, індійського й іудейського права), другі відкидають саму ідею права і вважають, що суспільні відносини повинні регламентуватися іншим шляхом (країни Далекого Сходу, Африки й Мадагаскару)<sup>1</sup>.

5. Невизнання принципу формальної рівності прав людини. На відміну, наприклад, від романо-германської правової сім'ї, в якій цей принцип визнано як загальнолюдський<sup>1</sup>, релігійні правові системи наділяють людину різним правовим статусом — правами й обов'язками згідно з належністю до певної групи, вирішеної за такими критеріями, як статевий, національний, релігійний або соціальний. Класичним прикладом може бути кастовий поділ в Індії, який визнаний і захищається індуським правом.

## § 2. Мусульманське (ісламське) право

### 2.1. Загальна характеристика мусульманського права

У науковій юридичній літературі не склалося визнаного всіма компаративістами єдиного визначення мусульманського права. Вчені, акцентуючи увагу на тих чи інших характерних його рисах, наводять найрізноманітніші визначення. Так, Л. Р. Сюкіяйнен трактує мусульманське право як систему діючих юридичних норм, що підтримуються державою і виражають інтереси панівних соціально-політичних сил.<sup>2</sup> К. Цвайгерт і Х. Кетц визначають його інакше: «Ісламське право (шаріат) є сукупністю норм або правил, здобутих з божественного відкриття, якими зобов'язаний керуватися віруючий мусульманин, якщо він хоче правильно виконувати свій релігійний обов'язок»<sup>3</sup>. В енциклопедичному довіднику «Правові системи країн світу» мусульманське право формулюється як одна з основних правових систем (правових сімей) сучасності, як комплекс соціальних норм, фундаментом і головною складовою частиною якого є релігійні установлення і приписи ісламу, а також органічно пов'язані з ними і пройняті релігійним духом моральні та юридичні норми<sup>1</sup>.

У найзагальнішому вигляді мусульманське право можна визначити як релігійно-правову систему, що регулює суспільні відносини всередині громади, яка сповідує іслам.

Характерні ознаки мусульманського права

1. Нерозривний взаємозв'язок права й ісламу. Мусульманське право, на відміну від

національних правових систем, є не самостійною системою норм, а складовою частиною ісламу. Ця релігія містить, по-перше, теологію, яка встановлює догми й уточнює, в що мусульманин повинен вірити, по-друге, — шаріат, який наказує віруючим, що вони повинні і що не повинні робити. Шаріат у перекладі з арабської мови означає «шлях прямування» і є сукупністю правил поведінки, які називаються мусульманським правом. Той, хто порушує приписи шаріату, є не просто правопорушником, а відступником ісламської віри, який буде покараний Аллахом.

Іслам — наймолодша зі світових релігій. Її виникнення в VII столітті пов'язане з діяльністю Пророка Мухаммеда, що відповідно до переказу передав волю Аллаха людям. Незважаючи на відносно молодий вік, іслам швидко поширився по всьому світу. Спочатку він знайшов своїх прихильників в Африці, потім проникнув в Південну Європу та Азію. Нині мусульманське право охоплює своєю дією близько 1 млрд. осіб і є однією із тих правових систем, що продовжують інтенсивно розвиватися.

2. Регулювання мусульманським правом суспільних відносин тільки між мусульманами. Персональний характер його дії означає, що воно поширюється тільки на осіб, які сповідують іслам. У зв'язку з цим необхідно розрізнити поняття «мусульманське право» і «право мусульманських держав». У мусульманських державах застосовується як, власне, мусульманське право (Коран, суна, іджма і кійас), так і світське право цих держав (нормативні акти, звичаї, прецеденти). Таким чином, у межах однієї держави можуть співіснувати кілька систем права. Так, в Індії мусульманська громада, що становить близько 12 відсотків населення, застосовує мусульманське право, тоді як основна частина населення, яка сповідує індуїзм, — індуське право. Поряд з тим існує право Індії, дія якого поширюється на всіх громадян незалежно від їх релігійних уподобань.

Мусульмани часто використовують цю характерну рису, щоб обминути ті чи інші заборони, які існують у шаріаті. Так, за мусульманським правом не дозволяється страхувати від нещасних випадків інших осіб, але цю заборону можна обійти, застрахувавшись у представника іншої віри, на якого вона не поширюється.

3. Мусульманське право складається переважно з обов'язків людини і санкцій за їх порушення. Ці обов'язки наказують мусульманинові здійснювати певні пристойні з погляду ісламу дії та утримуватися від непристойних. Наприклад, Коран наказує, щоб мусульманин співчував безпомічним і слабким, чесно вів торговельні справи, не підкуповував суддю, не займався лихварством і не грав в азартні ігри. Мусульманське право передбачає за порушення багатьох норм жорстокі покарання — страту,

покалічення, биття ціпками. Так, наприклад, за крадіжку Коран передбачає відсікання руки: «Злодію та злодійці відсікайте їх руки ...»(5: 42(38))'.

Питання суб'єктивних прав індивіда не знайшло широкого закріплення в шаріаті, хоча окремі вчені, зокрема Р. Давид, зазначає, що в ньому відведено місце і для поняття прав. Це досягається, з одного боку, визнанням певних меж обов'язків (Бог покладає на кожную людину те, що вона спроможна нести), а з другого — уточненням обсягу прав, визнаних за індивідами. Неповага до цих прав тягне санкції, що накладаються мусульманським суддею<sup>1</sup>.

4. Архаїчний, казуальний і формальний характер права. Мусульманське право сформувалося в період середньовіччя в VII—X століттях і розглядається як результат божественного одкровення, внаслідок чого воно не спирається на авторитет будь-якого земного творця права, що спричиняє певні наслідки. Один із них полягає в тому, що мусульманське право, як право божественне, є, в принципі, незмінним. У західних правових системах загальновизнано, що зміст права змінюється, оскільки законодавець, судді й усі інші сили суспільства, які беруть участь у правотворчому процесі, пристосовують його до мінливих потреб суспільства. Іслам виходить із постулату про богоданний характер усього сущого права, яке Аллах відкрив людям через Пророка Мухаммеда. Тому ісламська юриспруденція не знає історичного підходу до права, яке повинне відбивати існуючі в суспільстві відносини. Більше того, право дароване людині Аллахом раз і назавжди. Суспільство пристосовується до права, а не породжує його, з метою використання як інструменту для вирішення нових життєвих проблем, які щоденно виникають. Це призводить до того, що багато положень мусульманського права має архаїчний характер, тобто не відповідає сучасним вимогам суспільного розвитку.

Однак необхідно розуміти, що мусульманське право не змогло б розвинути до сьогоденішнього стану, якби взагалі не мало інститутів пристосування до мінливих умов життя. Ісламська юриспруденція визнає, що право, яке відкрилося людям унаслідок божественного відкриття, не було відразу укладено в ясну й чітку для розуміння форму. Тому потрібна була багатовікова робота ісламських юристів, перш ніж вони змогли збагнути всю глибину змісту правових джерел і підготувати їх для практичного

застосування. У результаті цього пізнання багато норм змінювало свій зміст, пристосовуючись до нових суспільних відносин. Але відповідно до ортодоксальних ісламістських поглядів усі ці зусилля були спрямовані не на створення нового права, а на відкриття, засвоєння і формулювання вже існуючого.

Формі викладу багатьох норм мусульманського права притаманна казуальність, тобто вони розраховані на регулювання окремих випадків і не охоплюють своєю дією групи однорідних суспільних відносин, як це робить абстрактна норма в романо-германському праві. Ця характеристика права пояснюється специфікою джерел, головні з яких Коран і суна є збірниками розрізнених висловлень і вчинків Пророка Мухаммеда. Так, згідно з шаріатом, якщо хтось обвинувачується в перелюбстві, то цей злочин повинні підтвердити чотири свідки — вільні мусульмани, які мають бездоганну репутацію. У такому випадку винні караються сотнею ударів батоном. Чоловік піддається покаранню в штанях, стоячи, причому удари розподіляються по всіх частинах тіла, за винятком обличчя і статевих органів. Жінка зазнає покарання сидячи. Обом наносяться удари середньої сили, не занадто сильні й не занадто легкі. Батіг теж повинен бути середньої твердості<sup>1</sup>.

Формальний характер мусульманського права виявляється в тому, що шаріат більше вимагає дотримання букви припису, ніж його духу. У повсякденному житті мусульмани використовують цю властивість права, щоб обминути невігідні для них норми права. Приміром, Коран забороняє лихварство — позички під відсотки: «Аллах дозволив торгівлю і заборонив лихварство (2: 276 (275))<sup>2</sup>. Щоб обійти цю заборону, запроваджено систему «подвійного продажу»: позичальник «продавав» той чи інший предмет кредитору, а той відразу ж «перепродавав» його позичальникові за ціною, завищеною на обговорений позичковий відсоток, яка виплачувалася тільки після закінчення терміну позички. Такі «правові виверти» (хиял) дозволяли мусульманським судам не порушувати сталі звичаї і разом з тим додержуватися приписів шаріату.

5. Несистематизований характер права. Мусульманське право ніколи не знало широкої систематизації, на відміну від деяких інших сімей, наприклад романо-германського права, для якого кодифікація стала невід'ємною рисою. Як уже зазначалося, мусульманське право розглядається як результат божественного відкриття, внаслідок чого єдиним законодавцем визнається Аллах, і, як право божественне, є, незмінним. «Земний» законодавець не може створювати або вносити зміни в існуючі норми права. Із цього принципу випливає заборона на зміну як змісту права, так і його форми. Норми двох першоджерел мусульманського права — Корана і суні ніколи не систематизувалися й існують у сталому вигляді протягом століть. Неможливість систематизації цих джерел пояснюється також формою викладу їх норм. Розрізнені висловлення і вчинки Пророка Мухаммеда дуже важко систематизувати, без деякої зміни їхнього змісту. Необхідно зауважити, що певну систематизацію норм Корана і суні дає третє джерело мусульманського права — іджма, що являє собою тлумачення двох вищезазначених першоджерел провідними богословами.

Спроби систематизації мусульманського права були розпочаті в Османській імперії. У 1869—1876 роках у рамках курсу на модернізацію країни було проведено найбільшу кодифікацію норм мусульманського права, у результаті якої було прийнято єдине джерело — Маджалла<sup>1</sup>. Це була перша спроба об'єднати в межах одного закону, що містив 1850 статей, усі норми ісламського права ханіфітської школи про власність і зобов'язання. Дія Маджалли поширювалася на більшість арабських країн, що входили до складу Османської імперії. Вона регулювала питання правоздатності та її обмеження, майнового й зобов'язального права, але не стосувалася сімейних відносин, що відповідно до принципу свободи віри і «персонального права» послідовників численних сект продовжували регулюватися різними школами мусульманського права в традиційній формі доктрини. Як відзначають К. Цвайгерт і Х. Кетц, цей крок був однаковою мірою і необхідний і незвичайний. Необхідний тому, що від світських судів, компетентних розглядати майнові позови, неможливо було більше вимагати вивчення середньовічних юридичних книг, а незвичайний — тому що вперше норми шаріату відповідно до європейського зразка були відтворені у формі параграфів і набрали сили на підставі акта державної влади<sup>1</sup>.

6. Існування кількох течій і шкіл мусульманського права. Іслам розколовся на дві великі течії — шиїтів і сунітів. На думку шиїтів, сан імама, духовного глави мусульманської громади, є спадковим у родині Алі (останнього з чотирьох халіфів, які правили після смерті Пророка Мухаммеда), виходячи з божественної вказівки самого Мухаммеда, і лише нащадки Алі мали легітимне право бути імамами. Тому шиїти вважали перших трьох імамів, особливо Омейядів, які здобули владу після смерті Алі, узурпаторами. Релігійні обряди і правова практика шиїтів та інших мусульман — сунітів багато в чому відрізняються. У наші дні шиїти становлять близько восьми відсотків усіх мусульман. Більшість із них мешкає в Ірані, у Південному Іраку, Йемени й у середньоазіатських державах, що утворилися на території колишнього СРСР, переважно в Туркменії, Казахстані й Узбекистані. Згодом кожна з течій розпалася на кілька правових шкіл.

Мусульманський світ сунітів розділився на чотири школи. Перша з них — ханефітська школа — була заснована учнем школи Куфа в Іраку Абу Ханіфом. Їй властива відносна раціональність у методах дослідження окремих приписів і велика обережність у використанні традицій. Ханефізм 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. Другою значною сунітською школою є школа Малекіта, 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. Малекізм зустрічається сьогодні в 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 й Східній Африці, на Цейлоні і Філіппінах. Ханбалізм — по імені його засновника Ахмада Ібн Ханба-ла — вважається найбільш суворою зі шкіл через надзвичайну прихильність до традицій. Сьогодні його прихильники мешкають в основному в Саудівській Аравії й у кількох місцевостях Іраку й Сирії<sup>1</sup>.

Шиїтський напрямок ісламу розпався на дві школи. Школа зейдитів, заснована Зеїдом бен Алі, вважається найближчою сунітським школам. Ця школа переважає в Йемену. Ще одна шиїтська школа Джа-Фарита заснована Саадеком Аль Джа. її послідовники спираються тільки на традиції імамів — вихідців із родини Пророка. Джа-Фаризм домінує в Іраку й Ірані. Школи мусульманського права різняться між собою багатьма деталями, але їхні принципи залишаються загальними. Так, той, хто бажає, може пристати до іншої школи, підкорившись її владі. Визнається також право суверена наказати своїм суддям застосовувати правила певної школи<sup>1</sup>.

### **2.2. Джерела мусульманського права**

Активний розвиток різних напрямків і шкіл у мусульманському праві призвело до побоювання, що воно може втратити єдині принципи і розчинитися в безлічі окремих думок. Щоб протидіяти цьому, відомий учений Аш Ша-фія сформулював вчення «чотирьох коренів» мусульманського права, завдяки якому юристи одержали єдину систему джерел мусульманського права. Відповідно до цього вчення, «чотири корені» мусульманського права — це Коран, сута, іджма і кійас.

Коран — священна книга мусульман, запис дарованого Аллахом відкриття, переданого через Пророка Мухаммеда в 610—632 роках<sup>2</sup>. Це, безперечно, перше джерело мусульманського права. Однак положень юридичного характеру, що містяться в ньому, явно недостатньо для того, щоб регламентувати всі відносини, що виникають між мусульманами. Лише близько 500 аятів (віршів) з понад 6200, які містяться в Корані,



встановлюють певні правила поведінки.

Ісламська юриспруденція виокремлює два основні різновиди правил поведінки, які містить Коран. Перший з них становлять деталізовані норми, наприклад приписи сур (глав) «Корова», «Жінки» і «Розлучення» з питань шлюбу, сім'ї і спадкування. На відміну від них, інші сфери взаємин людей відбилися лише в кількох айатах. Так, торгівлі прямо стосуються тільки чотири з них (12: 275, 282; 4: 29; 62: 9)<sup>3</sup>. Друга група правил правового змісту має вигляд загальних принципів і цілей, свого роду вихідних орієнтирів, що повинні лежати в основі формулювання конкретних правових рішень. До них можна віднести принципи виконання взятих зобов'язань, не обтяження людини тощо (5: 1; 2: 286)<sup>1</sup>.

Суна — це збірник зафіксованих у формі переказів (хадисів) висловів і вчинків пророка Мухаммеда, що вважаються зразком, якого мають дотримуватися мусульмани<sup>2</sup>. Разом із положеннями Корану вона становить зміст шаріату і вважається його провідним джерелом, що має вирішальне значення для тлумачення заповідей цієї священної для мусульман книги. Ці перекази збиралися й відтворювалися багатьма посередниками. Два великихдок-тори ісламу — ал-Бухари і Мослем у IX столітті здійснили копітку роботу, щоб виявити справжні висловлення Пророка. Робота, проведена ними та іншими вченими того ж періоду, створила солідне підґрунтя мусульманської віри. Мусульманська правова наука спирається на різні зводи норм, серед яких провідна роль надається «Достовірному збірнику» імама ал-Бухари (810—870). Його визначальною рисою є класифікація включених до нього хадисів за предметною ознакою (збірник розбито на 97 ю-шг, які містять 7397 переказів), що полегшує їх використання в інтересах правової теорії і практики. З цією ж метою склалися спрощені збірки хадисів, відібраних не тільки із цього збірника, а й з інших визнаних зводів. Серед таких коротких збірників великий авторитет у мусульманських правознавців має компіляція «Одержання бажаного із джерел правових норм» ал-Аскалані (1372—1449).

Іджма (доктрина мусульманського права) — одне з основних джерел мусульманського права, однак думки найбільш авторитетних ісламських правознавців

однієї чи всіх шкіл з питань, не врегульованих у прямій формі в Корані та суні. Вона являє собою коментарі, що заповнюють прогалини в релігійних нормах. У повсякденному житті правозастосовці, у тому числі й судді, використовують і посилаються саме на іджму.

Кійас — джерело мусульманського права, що тлумачить Коран і суну з використанням

особливого методу — судження за аналогією. Його суть полягає в застосуванні відповідних норм, сформульованих у Корані й суні, до інших аналогічних випадків. Кійас набуває юридичної чинності, якщо його визнано вищим мусульманським духівництвом.

Коли класичне вчення «чотирьох коренів» ісламського права запанувало у всіх правових школах, почався поступовий підйом правотворчої діяльності ісламських юристів. Раніше застосовуваний метод відносно вільного прийняття рішень зі спірних питань (щоправда, все-таки орієнтованого на Коран і суну) став розглядатися як неприпустимий. Усе частіше проблеми, що викликали сумнів, вирішувалися із загальної згоди вчених. Знайдені в такий спосіб рішення почали становити основну частину божественного права і тому були недоступні для критики. Уже в IX столітті набула пріоритету думка, що юристам не можна приймати самостійні рішення з якогось правового питання, ґрунтуючись тільки безпосередньо на Корані і суні. Їхня діяльність обмежилася тлумаченням правових книг, визнаних окремими школами як авторитетні джерела.

У сучасному мусульманському праві вирішального значення надається єдиній погодженій думці вчених, оскільки в кінцевому підсумку воно визначає, яку норму Корану чи суні конкретно або за аналогією варто застосувати як діюче право. Безпосередньо до Корану чи суні можуть звертатися лише окремі найбільш знані вчені. Більш того, як вказує Л. Р. Сюкіяйнен саме у формі доктрини була створена більша частина діючого мусульманського права<sup>1</sup>.

Необхідно зазначити, що ні звичай, ні судова практика не визнаються офіційно джерелами права. Судова практика ніколи не зв'язує дії судді (каді). Його рішення, численні й різноманітні, ніколи не розглядалися мусульманськими юристами як джерела права, бо це тільки судження морального плану, що можуть зазнати всіляких переглядів з метою поліпшення. Формально мусульманські юристи так само не вважають звичай джерелом права, але іноді його використовують для доповнення чи уточнення застосовуваного принципу права чи правової норми. Звичаї, що відповідають догмам мусульманського права, фактично розширюють сферу його дії і доповнюють його.

Водночас із визнаними звичаями важливе практичне значення для функціонування мусульманського права та його фактичного пристосування до змінюваної дійсності мають угоди. Як і звичаї, вони не є джерелами права, однак відіграють важливу роль у його еволюції. Величезна можливість використання угод і звичаїв у мусульманському праві визначається насамперед тим, що воно при всій своїй релігійній суворості й ортодоксальності залишає широке поле для самостійної діяльності суб'єктам правовідносин, для прояву ними ініціативи. « Немає ніякого злочину в укладенні угод з

урахуванням того, що наказує закон», — говорить норма мусульманського права. Завдяки угодам найчастіше вносилися значні зміни в існуючі правові норми, які, відповідно до сформованих уявлень про право, не завжди вважалися обов'язковими. Через це судова практика ряду мусульманських країн допускала раніше і допускає зараз певні відступи від існуючих правил, наприклад, при укладенні шлюбів або при вирішенні інших сімейно-побутових питань (можливість розірвання шлюбу з ініціативи не тільки чоловіка, а й дружини тощо)<sup>1</sup>.

### **2.3. Право сучасних мусульманських держав**

Необхідно розрізнити два близьких, але не ідентичних поняття — «мусульманське право» і «право мусульманських держав». Звертаючи увагу на цю обставину, вчені цілком резонно зауважують, що суспільство в мусульманських державах завжди живе під владою звичаїв та законів, які, безумовно, спираються в основному на принципи мусульманського права, відводячи їм досить серйозну роль. Однак у різні епохи в деяких країнах звичаї й закони могли, проте, відходити від ортодоксальних положень з певних питань, і входити в суперечність із принципами й нормами релігійного мусульманського права. Навіть коли мусульманське право мало найвищий авторитет, далеко не завжди його елементи набували однакового практичного значення.

Як зазначає М. М. Марченко, з розвитком суспільства дуалізм правових систем мусульманських країн не тільки не зникав, а, навпаки, все більше посилювався. Це пояснюється багатьма причинами, і передусім — ускладненням соціально-економічних, політичних та інших відносин усередині самого суспільства, що на певному етапі вже не можуть регулюватися тільки за допомогою релігійних норм і догм. Це зумовлено також розширенням і поглибленням зв'язків між різними країнами, у тому числі ісламськими й неісламськими, що об'єктивно вимагають розвитку не так релігійної, як світської нормотворчості. Нарешті, аж ніяк не другорядними причинами посилення правового дуалізму в мусульманських країнах є факти об'єктивного «вростання» мусульманського права в правові сім'ї й системи інших країн, фактори вестернізації, вплив західного права на правові системи мусульманських країн. Є й інші причини посилення дуалізму і пристосування існуючих у мусульманських країнах правових систем, до постійно

змінюваного економічного і соціально-політичного середовища у світі. Їх багато, і

вони дуже різноманітні. Але всі вони разом і кожна зокрема зумовили в ряді мусульманських країн радикальну модернізацію правових систем, проведення в багатьох із них прозахідних правових реформ, кодифікацію законодавства, реорганізацію судових систем та ін.<sup>1</sup>

Р. Давид зазначає, що правові системи мусульманських країн у їх сучасному вигляді дуже різні, оскільки суспільний розвиток цих країн також дуже різний, як неоднакові і традиції. Єгипет, Малі, Пакистан, Індонезія різняться між собою за багатьма параметрами. Загальну картину правових систем мусульманських країн у зв'язку з цим дати дуже важко. Установивши загальні риси, він запропонував виокремити три групи країн<sup>2</sup>. Але нині необхідно внести зміни в запропоновану ним класифікацію, бо перша група, що становила країни з мусульманським населенням, які стали соціалістичними республіками, зникла з політичної карти світу. Отже, сьогодні можна говорити про дві групи мусульманських держав, використовуючи два критерії поділу: ступінь використання мусульманського права для регулювання суспільних відносин у цих країнах і обумовленість норм національного права нормами шаріату.

До першої групи належать: Саудівська Аравія, Об'єднані Арабські Емірати, Іран, Кувейт, Бахрейн, Катар, Афганістан, Пакистан та ін. У цих країнах іслам є державною релігією, а мусульманське право становить підґрунтя правової системи держави. Усі джерела національного права повинні відповідати приписам шаріату.

Так, правова система Ірану повністю побудована на положеннях шаріату. Норми і принципи мусульманського права впливають на конституційне законодавство й обрану Іраном форму правління. Вони відіграють провідну роль і в інших галузях чинного права, забезпечуючи підпорядкування ісламським нормам усіх сторін суспільного (політичного, економічного, культурного) й особистого життя громадян, дотримання не тільки юридичних, а й моральних норм, що стосуються навіть одягу і форми проведення дозвілля мусульман. У ст. 2 Конституції Ісламської Республіки Іран, прийнятої в 1979 році й оновленої в 1989 році, говориться: Ісламська Республіка — це система правління, заснована на вірі: 1) в єдиного Бога, у те, що він установлює закони шаріату і що людина повинна підкорюватися його волі; 2) в божественні відкриття та їхню основну роль у тлумаченні законів; 3) в Страшний суд і його конструктивну роль у людському вдосконалюванні на шляху до Бога. Стаття 4 Конституції прямо закріпила положення про обов'язкову відповідність шаріату всіх прийнятих законів. Ця стаття є пріоритетною стосовно інших статей Конституції, а також законів і постанов, причому висновок із

приводу відповідності законів ісламським нормам виносяться факіхами (ісламськими правознавцями) Ради по охороні Конституції й ісламських норм<sup>1</sup>. В Ірані видаються закони, орієнтовані на закріплення у своїх статтях загальних принципів джафаритської школи мусульманського права. Водночас в Ірані діє низка кодексів — торговельний, цивільний, цивільний процесуальний, кримінальний, прийнятих на початку ХХ століття за романо-германськими зразками. Після прийняття нової Конституції вони не були скасовані, а лише змінені відповідно до ісламських правових установок.

Другу групу становлять держави, у яких мусульманське право регулює тільки окремі сторони громадського життя, що стосуються особистого статусу й релігійних установ, іноді земельного режиму, тоді як світське право регулює всі інші сфери суспільних відносин на принципах, які не відповідають положенням шаріату. Ця група,

у свою чергу, поділяється на підгрупи залежно від того, на яких засадах розвивалося національне право — за зразком загального права (Нігерія, Судан, Танзанія, Індія, Бангладеш, Малайзія,), французького (Алжир, Марокко, Сенегал, Сирія, Туніс, Йорданія) чи голландського (Індонезія).

Так, Нігерія була тривалий час колонією Великобританії і здобула політичну незалежність тільки в 1960 році. Правовій системі цієї країни притаманний змішаний характер. Найважливішим елементом нігерійської правової системи в цілому є введене в колоніальний період англійське загальне право. У Нігерії діють як федеральні, так і регіональні закони, що вказують на англійське право як джерело національної системи. Закони про федерацію та колишню столицю країни Лагос вказують, що застосуванню підлягають загальне право Англії і доктрини права справедливості загального застосування, що діяли в Англії на 1 січня 1900 року. Після досягнення незалежності багато законів, заснованих на англійському праві (особливо кримінальні), були істотно змінені і доповнені з метою відбиття в них національних цінностей і традицій нігерійського народу.

Другим елементом правової системи Нігерії (точніше, її самостійною підсистемою) є мусульманське право, що застосовується до мусульманської громади, насамперед у питаннях особистого статусу. Крім того, у північних штатах країни з переважно мусульманським населенням діє окремий Кримінальний кодекс Північної Нігерії 1959 року, що відтворює багато положень мусульманського кримінального права. Як і в багатьох інших країнах з мусульманським населенням, у Нігерії спостерігається процес реісламізації правової системи. Протягом 1999—2000 років сім штатів (із 36) офіційно оголосили про введення на їх території законів шаріату, а ще чотири штати готуються це

зробити. Як самостійна система зберігається також звичаєве право, норми якого можуть регулювати більшість видів суспільних відносин певної частини громадян, включаючи кримінально-правові. Кожен тип права застосовується відповідним йому видом судів (цивільні, мусульманські, суди звичаєвого права)<sup>1</sup>.

Алжир, який належить до другої підгрупи країн, з 1830 року по 1962 рік був колонією Франції. Його правовій системі властивий змішаний характер: більшість галузей законодавства засновані на французькій правовій традиції, а питання особистого статусу (шлюб, сім'я, спадкування) і деякі інші регулюються мусульманським правом. До 1830 року в Алжирі застосовувалося тільки мусульманське право. Французьке законодавство було ніби накладене на існуючу правову систему. В одних питаннях воно замінило мусульманське право, а в інших діяло паралельно як персональне право європейців. Уже в 1834 році в Алжирі були прийняті Цивільний і Торговельний кодекси за французьким зразком. Після здобуття Алжиром незалежності французьке право (за деякими тлумаченнями) залишилося чинним. Спеціальним законом від 31 грудня 1962 року було передбачено можливість використання в республіці законодавства колоніального періоду, за винятком актів, що суперечили суверенітету алжирського народу і мали колоніальний і дискримінаційний нахил<sup>2</sup>.

Індонезія, яка належить до третьої підгрупи, з початку ХХ століття опинилася під владою голландців. Голландські колонізатори принесли на архіпелаг своє право. У 1945 році в Індонезії була проголошена незалежність. Правова система держави теж має змішаний характер. Більшість головних галузей права в колоніальний період були кодифіковані за зразком відповідних голландських актів і належать до романо-германської правової сім'ї. Основні законодавчі акти того періоду (включаючи ЦК і КК) залишилися чинними й після здобуття країною незалежності. Водночас шлюбно-сімейні відносини й інші питання особистого статусу здебільшого регулюються ісламізо-1 ваним звичаєвим правом. У відносинах між мусульманами також застосовується безпосередньо мусульманське право<sup>1</sup>.

### § 3. Індуське право

#### 3.1. Загальна характеристика індуського права

У працях, присвячених дослідженню індуського права, майже відсутні його визначення. Н. О. Крашенинникова пояснює це історичними змінами в ньому, що виключають можливість навести єдине формулювання<sup>2</sup>. У загальному вигляді індуське право можна визначити як релігійно-правову систему, яка регламентує суспільні відносини всередині громади, що сповідує індуїзм.

Характерні риси індуського права

1. Індуське право є складовою частиною індуїзму — релігії, що являє собою комплекс різноманітних релігійних, філософських і соціальних поглядів. Індуїзм сформувався внаслідок еволюції і злиття ведичних і брахманських традицій. В основу його віровчення покладено релігійні та філософські ідеї брахманізму (карма, сансара, реінкарнація та ін). Серед розмаїття богів найбільш поширені й шановані: Брахма, Вішну і Шива<sup>3</sup>. Індуїзм відрізняється від інших релігій віротерпимістю, відсутністю агресії до осіб, які дотримуються інших поглядів. Кожен індус може вірити в того чи іншого бога, в кількох богів або взагалі не вірити в нього. Індуїзм має безліч культів і ритуалів, але не має чітко окресленої теологічної доктрини. Водночас він містить певні, основні вірування релігійно-філософського характеру, яких дотримується абсолютна більшість індусів. Визначальною рисою індуїзму є також відсутність єдиної релігійної організації. З часом із цих вірувань, що мають спільну основу, розвилися різноманітні релігійні напрямки, такі як буддизм, джайнізм, сикхізм. Їх розглядають і як самостійні релігії, і як напрямки індуїзму.

2. Персональний характер дії права, що поширюється тільки на осіб, які сповідують індуїзм, незалежно від того, в яких державах вони мешкають. Найбільша громада прихильників індуїзму (близько 1 млрд.) проживає в Індії, де вони становлять близько 83 відсотків населення. Як релігійні меншості вони представлені в Палестині, Бірмі, Сингапурі, Малайзії, Танзанії, Уганді й Кенії. У судовій практиці Індії склалося правило, відповідно до якого індуське право діє стосовно осіб, виходячи з двох критеріїв — народження в родині індусів або належність до релігії. Воно не поширюється на осіб, які перейшли у віру, несумісну з індуїзмом. Проте індус не втрачає права знову повернутися до своєї віри, що тягне за собою відновлення дії на нього індуського права. Норми індуського права застосовуються до послідовників усіх релігійних напрямків індуїзму — буддизму, джайнізму, сикхізму та ін. Індуське право офіційно не поширюється на чотири релігійні меншості Індії — мусульман, християн, іудеїв і парсів.

3. Яскраво виражений кастовий характер. Касту характеризують як соціальну спільноту або групу в складі індійського суспільства, спільноту по народженню, спадкоємну, ендогамну, закриту для проникнення сторонніх, яка традиційно спеціалізується за родом господарської діяльності чи колом занять, з яскраво вираженою кастовою самосвідомістю, чие місце строго визначене в складній індійській соціальній ієрархії<sup>1</sup>. Відносини всередині каст і з членами інших каст регулюються спеціальними нормами поведінки. Таких каст і підкаст налічується в Індії близько 3,5 тисяч. Відповідно до історичної традиції вони розбиті на чотири групи: брахманів (спочатку — каста священиків), кшатріїв (воїнів), вайшиїв (купців) і шудрів (слуг і ремісників). Поза цим поділом стояла каста «недоторканих», що посідала найнижче місце в соціальній ієрархії. Вона фактично перебувала поза сферою правового регулювання індуського права, яке стосувалося її тільки в питаннях обмеження правоздатності. Перехід з однієї касты в іншу не допускався. Між кастами був установлений жорсткий ієрархічний порядок. У його підґрунті лежав принцип чистоти касты, ступінь якої залежав від її місця в ієрархії. Чистота касты повинна була залишатися незаплямованою, і тому не можна було встановлювати контакти з членами нижчих каст. На підставі цього принципу були розроблені численні норми, що забороняють одружуватися з членами каст нижчої чистоти, так само як і приймати їжу в їх присутності й навіть наближатися до них<sup>1</sup>. Ці норми застосувалися судами Індії аж до 1949 року. Наприклад, суд визнавав шлюб між представниками різних каст недійсним, а дітей, народжених у такому шлюбі, — незаконнонародженими. Відповідно до Конституції Індії, прийнятої в 1950 році, були скасовані всі норми, згідно з якими належність до каст спричиняла відповідні юридичні наслідки для їх членів. Незважаючи на спроби держави змінити правила поведінки в цій сфері, велика кількість індусів — переважно мешканці сіл (які становлять до 80 відсотків населення) — продовжують жити, дотримуючись давніх принципів кастового поділу.

4. В індуському праві існує кілька шкіл, наявність яких пояснюється різними причинами — великою різноманітністю населення (в Індії проживає близько 500 народностей, які говорять 1652 мовами) і великою розмаїтістю джерел права. В одній місцевості віддають перевагу одним із них, в другій — іншим. В індуському



праві переважають дві головні школи — Митакшара і Дайябхага. Ці школи разом з підшколами панують кожна у відповідних географічних районах, хоча особистий статус індивідів їй не залежить від того, де вони проживають. Школа Дайябхага поширена в Бенгалії й Ассамі, Митакшара — в інших частинах Індії та Пакистані.

5. Індуське право зазнало сильного впливу інших правових систем — мусульманського і англійського права. Найдавніші джерела індуського права — веди були створені ще в другому тисячолітті до н. е. Протягом значного історичного періоду воно розвивалося самостійно. Мусульманське панування, що встановилося в Індії в XVI столітті, досить відчутно загальмувало розвиток індуського права. Суди зобов'язані були застосовувати тільки мусульманське право, індуське ж могли застосовувати тільки панча-яти (збори) каст для вирішення внутрішньообщинних проблем. Це привело до звуження сфери дії індуського права, що залишалось діяти головним чином у вузькій сфері релігії та особистих стосунків.

У XVII і XVIII століттях мусульманське панування змінилося англійським. Англійці не заперечували проти застосування щодо населення Індії, особливо у царині приватного права, більш знайомих йому правових норм. Проте встановлення англійського панування значно вплинуло на розвиток індуського права. Р. Давид зазначає, що цей вплив виявився подвійним чином. Насамперед слід наголосити на його позитивній дії, оскільки було офіційно визнано (на відміну від періоду мусульманського панування) авторитет індуського права, тобто англійці визнали рівне значення мусульманського й індуського права, а англійським судам було надано право розглядати на їх основі всі спори, що не торкалися інтересів англійців. З іншого погляду, англійське панування, навпаки, було негативним для індуського права, бо воно спричинило глибоку його трансформацію. Наслідком цього впливу було обмеження дії індуського права лише регламентацією вузького кола відносин, тоді як найважливіші сфери громадського життя підпали під дію нового територіального права, що застосовувалося до всіх громадян Індії незалежно від їхньої релігійної належності<sup>1</sup>.

К. Цвайгерт і Х. Кетц зазначають також, що застосування індуського права англійськими судами призвело до його «корозії»<sup>2</sup>. Застарілі норми, що регулювали право власності, були витіснені загальним правом. І, навпаки, в галузі сімейного і спадкового права діяв принцип, відповідно до якого всі справи, що стосуються спадщини, шлюбів, каст, інших релігійних звичаїв чи інститутів, вирішувалися згідно з нормами індуського права. Однак англійському судді було досить важко реалізувати цей принцип. Серед великої кількості юридичної літератури тільки деякі праці були перекладені англійською мовою із санскриту. Але навіть вони часто залишалися загадкою для суддів, які практично не мали майже ніякого уявлення про умови життя індусів і неписані правові традиції. Тож судді намагалися вирішити проблему, залучаючи до судів місцевих мандрівних знавців —

пандитів, у яких англійські судді могли набути необхідних знань зі спеціальних питань індуського права. З 1864 року від їхніх послуг відмовилися, бо судді вже мали на цей час необхідний досвід у зверненні до індуського права, та й стало більше перекладених англійською мовою юридичних книг, а найголовніше — кількість судових рішень досягла необхідного рівня, що дало можливість суддям застосовувати їх як прецеденти.

У результаті діяльності судів індуське право в період британського колоніального правління стало відрізнятися від первісного нормативного змісту дхармашастр. Це пояснюється, з одного боку, тим, що суддям була доступна тільки незначна частина літератури з класичного індуського права, перекладена англійською мовою, а це призвело до того, що вони могли спиратися тільки на ці праці, хоча існувало й багато інших джерел. А з другого боку, судді часто заповнювали прогалини і незрозумілості в традиційних текстах, звертаючись, як правило, до принципів загального права і створюючи при цьому, по суті, самостійні юридичні норми. Таким чином, у судовій практиці місце класичного індуського права поступово посіло так зване англо-індуське право, в якого невдовзі вже не було потреби опиратися безпосередньо на традиційні джерела писаного права, набуло характеру чисто прецедентного і почало широко застосовуватися індійськими судами<sup>1</sup>.

### **3.2. Джерела індуського права**

Джерела індуського права дуже різноманітні, що пояснюється величезним історичним відрізком, на якому вони створювалися, і релігійною специфікою цієї системи. Перші джерела датуються ще II тисячоліттям до н. е., що створює певні труднощі при їхньому вивченні, бо далеко не всі давні тексти збереглися до нашого часу. Найстарішим із них є — веди (Ригведа, Самаведа, Яджурведа, Атхарваведа) — священні книги в яких містяться божественні для індусів приписи. Вони були створені близько II тисячоліття до н. е. у формі релігійних пісень, молитов і висловів. Хоча веди для індусів мають божественне походження і їх вони розглядали як джерело релігії і права, проте реальний вплив вед на суспільні відносини був вкрай незначний уже протягом значного історичного періоду. Через те що вони містили досить незначну кількість конкретних норм права, їх значення для розвитку індуського права також оцінюється неоднозначно.

Роль вед полягає не в тому, що вони є безпосереднім джерелом права, на основі якого можна регулювати конкретні суспільні відносини, а скоріше в ідеологічному підґрунті для створення інших джерел.

Давніми пам'ятниками індійської літератури, що містять норми права, є смрити. Це санскритське слово означає «заповідану» мудрість окремих авторитетних учених і священнослужителів. Смрити являють собою релігійні, наукові і правові трактати, які коментують веди. Їх датування вкрай складне, оскільки індуїстські уявлення про безупинно поточний світовий процес без початку й кінця заперечували хронологічну впорядкованість історичних подій. Тому можна лише приблизно назвати час створення смрити — між 800 роком до н. є. і 200 роком н. є. Теоретично вважається, що всі смрити засновані на священному відкритті — на ведах. Тож, якщо текст смрити суперечить ведам, то він не може застосовуватися. З огляду на те, що в самих ведах дуже мало правових норм, це правило фактично не застосовувалося. При цьому вважалося, що авторам смрити ще були відомі багато з нині загублених текстів вед. Як вважають деякі дослідники, джерела смрити слід шукати у звичаях і ритуалах, характерних для релігійних культів і соціального життя індусів того періоду. Таким чином, стає очевидним (хоча ортодоксальне вчення цього не визнає), що смрити різняться між собою, бо вони створювалися в різні епохи і кожен автор прагнув врахувати нові звичаї, що постійно народжувалися<sup>1</sup>.

Серед текстів смрити виокремлюють дхармасутри — перші відомі збірники зафіксованих у письмовій формі конкретних правових норм, що визначають, як повинна поводитися людина відповідно до свого місця в кастовій ієрархії стосовно богів, царя, священників, предків, членів своєї родини, сусідів, тварин. Найстаріші дхармасутри — Раутами, Бауд-хаяни, Апастамби, Васиштхи — виникли в VI—III століттях до н. є.

Наступним кроком у розвитку смрити стали дхар-машастри — збірники норм (дхарми), які створювалися у брахманських школах і мали форму віршів. Найві-доміші з них — закони Ману, закони Яджнавалк'я, закони Нарада, що, як гадають дослідники минулого, складені в період між I століттям до н. є. і 111—VI століттями н. є.<sup>1</sup> У них вперше даються відносно впорядковані і зрозумілі норми, що за сучасними поняттями відповідали б нормам цивільного, кримінального і процесуального права. Авторитет того чи іншого трактату, що викладає дхарму, остаточно і незмінно встановлений традицією. Дхармашастри, визнані такими, що є одним цілим, незалежно віддати створення кожної з них. Щоб пізнати дхарму, слід враховувати весь цей комплекс. Її знання неможливо почерпнути з якоїсь окремої праці, хоч би який авторитет вона мала: шастри роз'яснюють і доповнюють одна одну. У правовій теорії склалася релігійна установка про те, що норми всіх дхармашастр мають рівне значення і не можуть між собою суперечити. Закони Ману закріплювали, що, «коли є протиріччя удвох частинах священного відкриття, то вони

обидва вважаються дхармою ...»<sup>2</sup>.

В ієрархії джерел права в давній Індії особливого значення надавалося артхашастрам — творам, що охоплюють філософські, соціально-політичні й економічні проблеми державної діяльності. До нас дійшла одна артхашастра, приписувана Каутільє — раднику царя Чандрагупти<sup>3</sup>. Головний її зміст — розгляд дхарми царя, внутрішньої і зовнішньої політики, у центрі уваги якої стоїть поняття вигоди, користі (артхи). Дхармашастри визнають артхашастру як джерело права. Був визнаний пріоритет дхармашастр над артхашастрами і. «Дхармашастри мають більше значення, ніж артхашастри, — таке правило», — проголошує Яджнавалк'я<sup>4</sup>.

Важливими джерелами права були нибандхи (або ни-бандхази за Р. Давидом), що являють собою збірники коментарів до дхармашастр. Нибандхи склалися в проміжку між XI століттям і кінцем XV століття. Їх мета — пояснити часто незрозумілий зміст дхармашастр, усунути явні суперечності між ними, зробити їх доступнішими простим людям. Так, деякі автори витягали зі старих текстів і систематизували відповідні уривки, що їх можна було застосувати в сучасних їм умовах. У такий спосіб було «модернізовано» чимало норм, а багато застарілого юридичного матеріалу зовсім вилучено з правового обороту. Інші автори писали коментарі до текстів, що стосувалися окремих галузей права, таких як спадкове чи право усиновлення. Найавторитетнішим текстом з цих джерел права вважається «Митакшара» — коментар до законів Яджнавалк'я, складений у XI—XII століттях<sup>1</sup>. Ще одним визнаним збірником коментарів був «Дайябхага», створений у XII столітті. Вважалося, що для всіх укладачів цих коментарів смрити мали обов'язковий характер, бо відповідно до офіційної доктрини їх джерелом були веди. Оскільки ці тексти налічували багато сотень років, часто мали прогалини і суперечили один одному, то коментаторам надавалося широке поле для їх трактування, що здійснювалося згідно зі складними правилами спеціальної теорії тлумачення. Однак у кінцевому підсумку на результат тлумачення впливали звичаї, що склалися з часом у практиці тієї місцевості, де проживав відповідний автор. З огляду на географічну, кліматичну й національну розмаїтність Індії, немає нічого дивного в тому, що визнання ряду авторів мало вузькорегіональний характер. Внаслідок усього цього в XI—XII століттях поступово склалися дві правові школи — Дайябхага в Бенгалії і Митакшара, які дали початок численним родинним школам і набули поширення по всій Індії<sup>2</sup>.

Крім того, в індуському праві завжди визнавалися як джерела права давні місцеві звичаї, що їх з давніх часів застосовували певні касти й родини. А це означає, що в разі, якщо такі звичаї відомі суду чи можуть бути доведені, вони не тільки повинні ним враховуватися при тлумаченні норм смрити і коментарів, а навіть можуть мати пріоритет перед ними. За законами Ману і Яджнавалк'я, слід утримуватися від застосування правила поведінки, встановленого текстами, якщо суспільство його не сприймає.

Законодавство й судова практика ніколи не визнавалися джерелами індуського права. Вони розглядаються як виправдане для управління явище, яке має тимчасовий характер, і через те не можуть містити норм права, поза-як норми права повинні мати постійний характер. Отже, джерелом класичного індуського права доколониального періоду були в основному праці богословів та правознавців, які відбивали також існуючі в суспільстві звичаї.

### **3.3. Сучасне право Індії**

Індуське право і право Індії (індійське право) — різні правові системи. Якщо індуське право — це право громади, яка сповідує індуїзм, то право Індії — це національна правова система, дія якої поширюється на територію всієї держави, на всіх громадян незалежно від їх національності й належності до певної релігійної громади. Так, на даний час в Індії одночасно діє декілька правових систем — індуське право, мусульманське право і національна правова система Індії.

Індійське право (чи, як його називає Р. Давид, територіальне) склалося в період, коли країна перебувала під колоніальним управлінням Англії. Створення такого права було найкращим способом регулювання відносин між людьми, які належать до різних релігійних громад. Крім того, і мусульманське, й індуське право залишали поза сферою свого регулювання дуже важливі верстви населення Індії — національні меншини: християн, євреїв, парсів, а також осіб, належність яких до тієї чи іншої релігійної громади викликала сумнів. Територіальне право враховувало цю частину населення, що стала численною особливо з того часу, коли в 1833 році Індія стала відкритою для європейців і коли під впливом різних чинників бар'єри між різними релігійними громадами стали менш суворими. Нарешті, і мусульманське, й індуське право фактично мали величезні прогалини, хоча теоретично вони могли регулювати будь-які види відносин. Бурхливий розвиток Індії вимагав, щоб для регулювання нових відносин було створено територіальне право — загальне як для мусульман та індусів, так і для населення, що сповідує інші релігії<sup>1</sup>.

У формуванні й розвитку національної правової системи помітну роль відіграють законодавчі акти, створені для Індії англійцями, які використовували досвід свого загального права. У колоніальний період були проведені роботи по систематизації законодавства, створені закони й кодекси, які в певному розумінні значно випередили право, що діяло в самій Англії. Створення права на світській основі було саме по собі прогресивним і абсолютно необхідним рішенням у країні, де діяло одночасно індуське й мусульманське право.

У 1947 році британський Парламент прийняв закон про незалежність Індії, яка одержала статус домініону. Відповідно до Вестмінстерського статуту 1931 року за домініонами визнавався державний суверенітет. Проте в 1950 році Індія відмовляється від статусу домініону і проголошує себе республікою, залишаючись при цьому в складі Співдружності, очолюваної Британською Кораною<sup>2</sup>.

Здобуття незалежності дало новий імпульс для розвитку індійського права. Рішучий крок у реформуванні правової системи країни було зроблено з прийняттям Конституції 1950 року, що проголосила світський характер держави. Конституція закріпила досить широкий перелік демократичних прав і свобод громадян, а також встановила їх гарантії, насамперед можливість звернення до Верховного суду в разі порушення конституційних прав і свобод.

Перетворення Індії на незалежну державу не означало відмови від укорінених правових концепцій і прийнятого в колоніальний період законодавства. У Конституції міститься підтвердження того, що створене раніше право продовжує діяти. Водночас Верховний суд країни визначив, що британські акти застосовуються, якщо вони не суперечать національному суверенітету. У 1960 році був прийнятий Закон про британські акти, призначені для застосування в Індії, яким були скасовані 258 британських статутів.

Протягом другої половини ХХ століття правова система Індії розвивалася, спираючись водночас на цінності традиційного індуського й адаптованого загального права, а також широко використовуючи позитивний досвід інших правових систем. При цьому вплив англійської правової культури залишається переважним.

Закон і судовий прецедент — головні джерела права сучасної Індії. Законодавство й

рішення судів повинні відповідати Конституції. Контроль за конституційністю законів здійснює Верховний суд. Найважливішим джерелом індійського національного права є судовий прецедент. Конституція Індії (ст. 141) установила, що суди країни повинні діяти відповідно до прецеденту, створеного Верховним судом. Рішення Високого суду штату обов'язкові для всіх нижчих судів відповідного штату. Високий суд, на відміну від Верховного суду, зв'язаний власними рішеннями; тоді як рішення Високого суду одного штату необов'язкові для Високого суду другого.

Важливу роль у встановленні індійського права відіграв звичай, хоча нині його роль незначна — він поставлений у підлегле становище щодо писаного права. Норми звичаїв застосовуються судами в разі прямої вказівки на них закону або відсутності законодавчих положень з конкретного питання.

Після досягнення незалежності система індуського права, на відміну від мусульманського, зазнала значних змін, головним інструментом яких став закон. Прагнення до незалежності поставило на порядок денний плани кодифікації індуського права. Уже після здобуття незалежності в 1947 році індійський уряд подав парламенту проект кодексу індуського права, у якому була зроблена спроба створити єдину законодавчу основу для сімейного і спадкового права. Цей проект зустрів рішучу протидію з боку консерваторів. Після бурхливих дебатів у парламенті й суспільстві індійський уряд був змушений відкликати його. Надалі цей проект став втілюватися в життя іншим шляхом. Найважливіші матеріали індуського права стали предметом численних законопроектів. Так, у 1955 році першим набрав чинності закон про шлюб індусів, який уніфікував сімейне право і привів його у відповідність із сучасністю, а в 1956 році були прийняті три нових закони — акт про неповнолітніх дітей та опіку, про спадкові права та закон про усиновлення й утримання. З набранням ними чинності велика частина індуського права була кодифікована. Таким чином, нині індійські судді й адвокати передусім керуються нормами нових законів і рішеннями судів, прийнятих на їх основі. Правові трактати індуського права вони можуть застосовувати в разі, якщо вони не суперечать законодавству, однак суди посилаються на них у край рідко.

На сьогодні індуське право безпосередньо використовується при розгляді таких питань, як: регламент особистого статусу, включаючи шлюб і розлучення, неповноліття й опікунокство, споріднення, усиновлення, сімейна власність, аліментні зобов'язання, спадкування, релігійні інститути, спільна власність, елементи договірної права, кастове право й відлучення від релігії. Для застосування цього права були створені окремі суди панчаятів — суддів, які обираються населенням зі свого середовища й виконують обов'язки на громадських засадах. Суди панчаятів у всіх штатах є початковою інстанцією щодо цивільних справ. Однак їх компетенція значно обмежена — вони розглядають будь-які побутові суперечки між членами общини, сусідами (пошкодження рослин,

худоби, начиння, усунення перешкод у користуванні майном, ріллі), майнові спори на суму не більше 1 тис. рупій, порядок користування спільним або громадським майном та деякі інші юридично прості спори, застосовуючи при цьому здебільшого норми традиційного права<sup>1</sup>.

Мусульманська громада, що є другою за чисельністю релігійною спільнотою в Індії, використовує для регулювання внутрішньообщинних відносин мусульманське право, яким, зокрема, регулюються питання особистого статусу, спадкування й деякі інші. Існують лише два загальнонаціональних закони, що стосуються царини мусульманського права, прийняті ще в колоніальний період: Закон про застосування мусульманського особистого права 1937 року і Закон про розірвання мусульманського шлюбу 1939 року.

---

### **§ 4. Іудейське(єврейське) право**

#### ***4.1. Загальна характеристика іудейського права***



Єврейське право є однією з найстаріших правових систем світу: його історія налічує понад три тисячоліття. Іудейському праву притаманний цілий ряд неповторних рис, які визначають його самобутність і які відрізняють його від інших релігійних систем.

Іудейське (єврейське) право — це релігійно-правова система, що регулює суспільні відносини всередині єврейської громади, яка сповідує іудаїзм.

Характерні риси іудейського права

1. Єврейське право є складовою частиною іудаїзму. Як і розглянуті вище правові системи, воно є нерозривною частиною цієї релігії — однієї з найстаріших релігій світу. Таке співвідношення права й релігії зумовлюється кількома чинниками. По-перше, спільним походженням і збігом джерел права і джерел релігії. Відповідно до основ єврейської віри джерелом єврейського права й релігії є Божественне відкриття. Релігійні установки, що визначають ставлення людини до Творця, дотримання суботи і свят, закони кошерності та інші, є одночасно і правовими нормами, і релігійними. По-друге, з єдності релігійних і правових норм випливає суворий обов'язок єврея дотримуватися не тільки суто релігійних приписів, а й юридичних законів іудаїзму, оскільки їх порушення — не менш тяжкий гріх. У десятих заповідях веління про дотримання суботнього відпочинку і заборона вимовляти ім'я Боже всує розташовані поруч з такими, як «Кради» і «Не вбивай» (5; 6—21)<sup>1</sup>. Вони рівною мірою підтримуються відповідальністю перед Богом. По-третє, право й релігія поєднані однією системою правозастосування всіх норм. Ті самі органи й особи, які вирішували питання щодо релігійних відносин, вирішували й питання, пов'язані з суто правовими відносинами — майновими суперечками, трудовими відносинами, конфліктами щодо купівлі й продажу тощо.

2. Мононаціональний характер правової системи. Йдеться про те, що іудейське право поширюється виключно на одну націю — євреїв. Цим єврейське право відрізняється від усіх інших релігійно-правових систем, таких, наприклад, як мусульманська, яка завжди була мультинаціональна і поширювала свою дію на віруючих різних національностей.

М. Елон підкреслює, що єврейський народ завжди розглядав єврейське право як власне національне надбання і як головну й істотну частину своєї культури. Перебуваючи на чужині, у вигнанні, єврейський народ продовжував існувати як нація, а не як релігійна секта, постійно й безупинно розвиваючи своє право — найважливішу національну

цінність, у якій яскраво виявляється його сутність<sup>1</sup>. Право за таких умов виконувало в тому числі й функцію підтримки і збереження національної й релігійної самобутності єврейської нації. Одним з основних принципів іудейського права є принцип богообраності іудейського народу, його вирізнення Богом серед інших народів. «Ти народ святий для Господа, Бога свого, — стверджується у «Повторенні Закону» стосовно іудейського народу, — тебе вибрав Господь, Бог твій, щоб ти був Йому вибраним народом зо всіх народів, що на поверхні землі» (7; 6)<sup>2</sup>. «Я — Господь, Бог ваш, що відділив вас від тих народів», — говориться в книзі «Левіт». «І не будете ви ходити за звичаями люду, що я виганяю перед вами, — попереджає Бог іудеїв, — бо все те робили вони, — і Я їх обридив» (20; 23, 24, 26)<sup>3</sup>. Для підтримки цього принципу право суворо забороняло дії, спрямовані на асиміляцію з іншими народами. Зокрема, в іудейському праві панувало табу на шлюби з неєвреями, звернення до неєврейських судових організацій та ін. «І не споріднюйся з ними: дочки своєї не даси його синові, а його дочки не візьмеш для сина свого, бо він відверне сина твого від Мене», — говориться у «Повторенні Закону» (7; 3, 4)<sup>4</sup>.

3. Існування та розвиток єврейського права при відсутності протягом значного історичного періоду своєї держави.

Історія розвитку єврейського права є унікальною у світовій історії. Виникнувши понад три тисячоліття тому, воно здолало шлях, який не змогла пройти жодна інша правова система. Річ утім, що наука традиційно розглядає виникнення й існування права і держави як нерозривні явища, що обумовлюють один одного. Із цієї загальної закономірності вибивається тільки історія становлення іудейського права. Євреї як нація спочатку сформували свою державу — Єврейське царство, яке через внутрішні суперечності розпалося на два — Іудею (південне царство) й Ізраїль (північне царство). У межах саме цих держав певний час існувало й розвивалося іудейське право. Однак після падіння обох єврейських царств євреї надовго втратили свою державність. Звичайно, коли право позбавлене державної підтримки, існувати воно не може й поступово відмирає. Така доля спіткала багато правових систем, які зникли вслід за падінням держави. Однак єврейському праву судилася інша доля: воно не тільки не деградувало й не загинуло, а й змогло розвиватися саме в той період, коли була втрачена державність. Знову здобути її єврейський народ зміг тільки в 1948 році, коли була проголошена держава Ізраїль. Таким чином, іудейське право протягом майже двох тисячоліть існувало й розвивалося в умовах повної відсутності державності в народі і, відповідно, державної підтримки цього важливого соціального інституту.

І. Ю. Козлихін наголошує ще на одній особливості державно-правового розвитку в цей період. Він пише, що справа навіть не в тому, що євреї, втративши національну державність, відродили її через два тисячоліття. Багато народів узагалі ніколи її не мали,

інші втрачали її і знову завойовували (щодо цього показовим є приклад українців, які то здобували, то втрачали державність — Д.Л.), що аж ніяк не протиприродно, бо при цьому вони залишалися на своїй території — історичній батьківщині, що й додавало їм життєвих сил. Євреї ж утратили не тільки державність, а й землю. Протягом багатьох століть вони жили на території чужих для них держав, в оточенні іншої культури, часто навіть ворожої. За таких умов вони не просто зберегли своє національне право, а й активно розвивали його<sup>1</sup>. Цьому істотно сприяла наявність судової й адміністративної автономії єврейських громад у різних країнах. Так, у Європі аж до XVIII століття за єврейськими громадами визнавалося право на самоврядування й судочинство. Розгляд справ у єврейських судах відбувався на основі традиційних джерел іудейського права. Унаслідок цього упродовж століть накопичилась величезна кількість судових рішень із найрізноманітніших питань, що також сприяло розвитку іудейського права.

4. Норми іудейського права переважно містять обов'язки та заборони. Яків інших релігійних системах, в іудейському праві переважають норми, що забороняють і зобов'язують, над тими, що уповноважують; імперативні над диспозитивними. Акцентуючи увагу на цій рисі, деякі ізраїльські вчені характеризують іудейське право як комплекс «всеохоплюючих обов'язків, що регулюють всі аспекти єврейського життя»<sup>2</sup>. Вони охоплюють норми, які упорядковують ставлення членів іудейського суспільства до Бога, його законів і заповідей, до релігійних ритуалів, до своєї держави, суспільних інститутів, до інших членів громади й іновірців. В деяких випадках прямо передбачено санкції за порушення певних норм. Так, заборона «Не вбивай» підкріплюється санкцією «Хто вдарить людину, і вона вмере, той конче бути забитий» (21; 12)<sup>3</sup>.

### **4.2. Джерела іудейського права**

Іудейське право виникло і протягом досить значного історичного періоду існувало в неписаній формі. Це історично перше джерело дістало назву каббала. Правила поведінки в той період заучувалися напам'ять і передавалися з покоління в покоління в усній формі, оскільки існувала заборона на її письмову фіксацію. Ця заборона, яку можна пояснити принципом богообраності єврейського народу, була спрямована на те, щоб постулати іудейської віри не стали надбанням інших народів. Зняття заборони на письмове закріплення іудейського права було викликане побоюванням, що значні блоки норм можуть бути або перевернуті, або забуті й загублені для нащадків. Питання про те, коли були складені перші письмові збірники, ще й дотепер залишається дискусійним. Дослідники розходяться в датах, називаючи і III, і V століття. З того часу письмові джерела — Святе письмо — набули великого значення в системі єврейського права.

Найважливішим джерелом іудейського права є Старий Заповіт — частина Біблії, яка складається з кількох книг, написаних до пришествя Христа<sup>1</sup>. Інша частина Біблії — Новий Заповіт, книги якого були складені вже після пришествя, не визнаються іудаїзмом. Оскільки іудаїсти визнають священними тільки заповіді Старого Заповіту, його іноді називають єврейською Біблією.

Серед книг Старого Заповіту особливе місце посідає Тора (П'ятикнижжя Мойсееве). За переказом, вона була передана Мойсею Богом на горі Синай. Тора — найважливіше, основоположне джерело, що традиційно розглядається в іудейському праві як своєрідна конституція єврейського народу. За змістом вона являє собою викладені у віршовій формі різноманітні заповіді іудаїзму. Така форма викладу викликала надалі зростання значення інтерпретацій і тлумачень Тори для застосування її в практичній діяльності. За структурою вона складається з декількох частин і містить п'ять книг — «Берешит» (Буття), «Шмот» (Вихід), «Віакра» (Левіт), «Бемідбар» (Числа), «Дварим» (Повторення Закону).

Перша книга «Буття» розпочинається з моменту створення з хаосу світу і містить оповідання про народження людства, насамперед єврейського народу, його правила поведінки, звичаї і традиції. Друга — «Вихід» — розповідає про вихід іудеїв з Єгипту. Третя — «Левіт» — оповідає про вирізнення з іудейського суспільства привілейованого коліна Левітів, до обов'язку яких входило відправлення релігійних культів та обрядів. Четверта книга — «Числа» оповідає про літочислення єврейського народу. П'ята — «Повторення Закону» являє собою своєрідну спробу систематизувати правила поведінки, викладені в перших чотирьох книгах<sup>1</sup>.

Важливим джерелом іудейського права є Талмуд. Після Біблії це найважливіша і свята книга єврейського народу. За своєю структурою Талмуд неоднорідний: він являє собою багатотомний збірник єврейських релігійних, правових та етичних норм, складених у період з IV століття до н.с. — V століття н.е. Він поділяється на дві основні частини — Мишна і Гемара. Мишна — це збірник правил поведінки, складений єврейськими мудрецами протягом перших двох століть нашої ери, де закріплені норми неписаного права, систематизовані різноманітні звичаї, правила моралі й закони єврейського народу. Гемара — своєрідна інтерпретація і тлумачення норм Миш-ни, що протягом III—V століть давали їй рабини (служителі культу). VIII столітті була створена (єрусалимська Гемара, а в V столітті — Вавилонська. У літературі їх частіше називають Ієрусалимським і Вавилонським талмудами. До талмудичної літератури належать також Барайти — тексти, не включені в Мишну і згодом об'єднані в окремі джерела.

Джерелом іудейського права є також Мидраш (або Мидрашим), що тлумачить і інтерпретує Тору. Формування подібного джерела пояснюється кількома причинами: по-перше, необхідністю чіткого з'ясування розпоряджень Тори, яка мала складно усвідомлювану віршову форму; по-друге, об'єктивною необхідністю пристосування Тори до змінюваних суспільних відносин.

Співвідношення значення і впливу Тори та інших джерел Святого письма протягом історії змінювалося. Як зазначає М. Елон, спочатку Тора була джерелом, яким керувалася і вчена людина у своїх заняттях, і суддя, який приймав рішення. Але після завершення редагування Талмуду Тора залишилася чимось на зразок конституції єврейського права, а талмудична література — Мишна, Мидрашим, Варанти, Ієрусалимський і Вавилонський талмуди — стала основним джерелом права. Тільки базуючись на них, учений навчав своїх учнів праву, а суддя виносив вирок<sup>1</sup>.

Наступним джерелом іудейського права є звичай. Звичаї являють собою загалом історично перше джерело права у всіх народів, у тому числі й у євреїв. Ще до появи текстів Святого письма євреї дотримувалися певних звичаїв, що регулювали їхні взаємовідносини. Після створення Тори виникла необхідність узгодження їх з релігійними заповідями. Частина звичаїв було визнано й узаконено Торою, частину скасовано або змінено. Причому в деяких випадках визнавалися звичаї, що суперечили релігійним джерелам. Таким чином, звичаї доповнювали і змінювали зміст іудейського права. Так, спочатку єврейське право не знало інституту позовної давнини, тому позивач мав право звернутися до суду незалежно від давності зобов'язання. Але поступово склався звичай, відповідно до якого встановлювалося обмеження права звернення до суду трьома або шістьма роками.

Законодавство (постанови й укази) мудреців є ще одним джерелом іудейського права. Слід зазначити, що термін «законодавство» вживається в єврейському праві не в класичному розумінні як нормативно-правові акти уповноважених державних органів. Під ним мають на увазі акти, прийняті авторитетними релігійними діячами — мудрецями, які встановлювали нові правила для віруючих. Наявність подібного джерела права суттєво відрізняє іудейське право від інших релігійних систем — мусульманської й індуської, які позбавляють права людину змінювати норми, даровані Богом. Традиційно ці системи допускали часткову зміну первісних норм тільки шляхом нового тлумачення священних текстів. Єврейське право дозволяє приймати правила поведінки, джерелом яких є не Бог, а людина. Це стає можливим у разі зміни суспільних відносин, коли необхідно змінити існуючі норми або прийняти нові. Право мудреців змінювати існуючі норми і приймати нові обґрунтовується розпорядженнями Тори — вищого джерела єврейського права.

Рішення єврейських судів завжди визнавалися окремим джерелом іудейського права. Формуванню цього джерела сприяла наявність судової автономії єврейських громад, яку вони мали в багатьох країнах. Протягом століть суди вирішували найрізноманітніші проблеми, що виникали повсякденно в практичному житті громади, використовуючи всі джерела іудейського права. Необхідно зазначити, що поступово склався принцип, відповідно до якого суди мали право приймати рішення, яке відрізнялося від тих, що були передбачені в інших джерелах права, якщо вважали, що його буквальне застосування буде порушенням справедливості. Таким чином, завдяки діяльності єврейських судів протягом століть змінювалися норми іудейського права.

Збірки різноманітних судових рішень становлять важливу частину юридичної літератури. Прикладом такої збірки є «Питання і відповіді». Вона містить судові рішення з усіляких життєвих проблем, які вирішували видатні єврейські правознавці, що жили в різних країнах за всіх часів. У межах цієї збірки дослідники налічують майже триста тисяч таких рішень.

### **4.3. Сучасне право Ізраїлю**

Єврейський народ утратив свою державність і розвивався за таких умов майже два тисячоліття. Тільки, в 1948 році він утворив свою державу Ізраїль. Проте єврейське право і право Ізраїлю — це різні правові системи.

Правова система Ізраїлю має змішаний характер. У ній перехрещуються риси романо-германського, загального права і релігійних правових систем — іудейського, мусульманського і канонічного права. Це пояснюється тим, що територія сучасного Ізраїлю протягом століть переходила від однієї держави до іншої. Протягом чотирьох століть (1517—1917) ця територія була провінцією Туреччини, внаслідок чого застосовувалося право Османської імперії, у тому числі джерела мусульманського права і

закони, створені за французьким зразком. У 1918— 1947 роках цією територією правила Великобританія, діставши мандат від Ліги націй. У цей період спостерігається експансія загального права і права справедливості на підмандатні території. Проте за спеціальним Декретом судам надавалося право застосовувати також законодавство Османської імперії, прийняте до 1914 року.

На підставі резолюції 181 Генеральної асамблеї ООН від 29 листопада 1947 року було скасовано мандат Великобританії на управління країною і 14 травня 1948 року проголошено державу Ізраїль. Відповідно до Декларації незалежності Ізраїль — єврейська держава. Проте єврейське право не стало основною складовою його права. Історично склалося так, що на цих територіях проживали не тільки євреї, а й араби, які становлять близько 20 відсотків населення і на які, звичайно, не могло поширюватися іудейське право. Крім того, всередині єврейської громади не було єдності з питання релігійного чи світського статусу держави.

На сьогоднішній день, як зазначають дослідники, іудейське право розглядається як одна з підсистем ізраїльського права<sup>1</sup>. Крім іудейського права в ньому вирізняють ще кілька підсистем. Насамперед це джерела права, що залишилися в спадщину Ізраїлю від Османської імперії і Великобританії. Вони застосовуються на основі Декрету, прийнятого в 1948 році, який передбачав, що закони, які не суперечать Декларації незалежності і законам Ізраїлю, зберігають свою юридичну чинність. Особливою підсистемою є мусульманське право, що застосовується всередині арабської громади Ізраїлю. П ричому згідно з законом про судову владу від 1984 року мусульманське право застосовують шаріатські суди, що вирішують питання, пов'язані з особистим статусом (шлюби, аліменти, розлучення, усиновлення та ін.). Крім того, як основну підсистему виокремлюють сучасне ізраїльське право, прийняте після проголошення незалежності. Наданий час його джерелами є закони, підзаконні акти, судові прецеденти і правові звичаї.

Специфікою правової системи сучасного права Ізраїлю можна вважати відсутність конституції як єдиного політико-правового акта, якому притаманна вища юридична сила в системі джерел права. З деякими застереженнями можна вести мову про те, що в Ізраїлі її замінюють окремі Основні закони. На сьогодні прийнято понад десять таких законів (про Кнесет, президента, уряд, судоустрій, вибори та ін.). Основні закони приймаються і змінюються в такому ж порядку, як і звичайні. Основна відмінність полягає в тому, що вони не можуть бути припинені чи змінені постановами про надзвичайний стан. Ще однією їхньою особливістю є наявність так званих «укріплених» статей, що змінюються не простою, а кваліфікованою більшістю голосів членів парламенту. В 1955 році було закріплено пріоритет Основних законів над звичайними, а Верховний суд отримав право перевіряти зміст звичайних законів на відповідність Основним.

Вплив англійського права знайшов свій вияв, зокрема, у визнанні судового прецеденту повноправним джерелом ізраїльського права, хоча самі англійські судові прецеденти після 1948 року не мають обов'язкового характеру. Суди Ізраїлю зараз орієнтуються більше не на англійську, а на американську судову практику. Відповідно до закону від 1957 року кожен суд зобов'язаний керуватися судовим прецедентом, встановленим вищим судом. Прецедент, встановлений Верховним судом, є обов'язковим для всіх судів, крім нього самого. Внаслідок цього в Ізраїлі склався особливий звід прецедентного права на базі рішень Верховного суду.

Звичаї визнаються джерелом ізраїльського права у разі прямої вказівки закону або виходячи з багаторічної практики його застосування. Низка звичаїв набуло великого поширення в Ізраїлі (наприклад, обов'язок роботодавця попереджати працівника про звільнення за два тижні) і захищаються судовою системою.

Сьогодні іудейське право регулює тільки деякі види суспільних відносин, пов'язані з особистим статусом євреїв. Іудейське право застосовується рабинськими судами, які згідно з законом від 1984 року є складовими елементами судової системи Ізраїлю і мають виключну юрисдикцію щодо всіх справ, що стосуються шлюбів та розлучень, а також деяких інших справ.

Проте іудейське право активно впливає на право Ізраїлю, що виявляється насамперед у закріпленні на державному рівні принципів і норм іудейського права. Так, Декларація незалежності закріпила принцип, відповідно до якого Ізраїль визнається єврейською державою. Надалі цей принцип знаходить своє підтвердження в низці законодавчих актів, схвалених парламентом. Так, у 1992 році Кнесет прийняв «Основний закон про повагу людської особистості та її свободи», у якому говориться, що мета цього закону — захистити право людини на повагу і свободу, поєднавши його з основними цінностями Ізраїлю як держави єврейської і демократичної. Принципи єврейського права нині знаходять широке втілення не тільки в законах, що регулюють шлюбно-сімейні відносини, а й у кримінальному, цивільному та трудовому праві.



## § 5. Канонічне право

### *5.1. Загальна характеристика канонічного права*

Сучасна література з порівняльного правознавства практично не приділяє уваги цій релігійно-правовій системі. Як і у випадку з іудейським правом, це пояснюється дуже незначним її поширенням у сучасному світі. Однак канонічне право являє собою досить цікавий об'єкт для вивчення, оскільки має унікальні риси і власний вплив на розвиток права в Європі.

Канонічне право — це релігійно-правова система, що регулює суспільні відносини всередині громади, яка сповідує християнство. Назва цієї правової системи походить від грецького терміна «канон», який спочатку означав усяке знаряддя для проведення прямих ліній або для рівняння площин, але згодом його зміст змінився і ним почали називати правила християнської віри і життя. У вузькому — юридичному значенні цей термін почали вживати для позначення правил поведінки (норм), прийнятих церквою для упорядкування суспільних відносин усередині християнської громади.

Щоб зрозуміти, що ж таке релігійна канонічна система права, необхідно співвіднести між собою два поняття — канонічне і церковне право, які не завжди досить чітко розрізняють. Їх відмінність можна провести за походженням і змістом норм. Канонічне право створюється тільки самою церквою і складається з норм, що визначають не тільки

церковні, а й інші правовідносини, які впродовж середніх віків становили предмет її юрисдикції. Церковним же, навпаки, називається право, що регулює відносини виключно церковні, хоча створено воно може бути в тому числі й державою. Отже, з точки зору логіки ці поняття перетинаються, але не збігаються<sup>1</sup>.

### 1 Характерні особливості канонічного права

1. Нерозривний зв'язок з релігією — християнством. Християнство виникло в другій половині I століття в Палестині. У IV столітті, в роки правління імператора Костянтина, воно стає державною релігією Римської імперії. Це вплинуло на подальше поширення релігії, оскільки Римська імперія охоплювала величезні території в Європі, Азії й Африці. Користуючись політичною, економічною й ідеологічною підтримкою держави, християнство за декілька століть перетворилося з порівняно невеликого культу на одну з трьох найпоширеніших світових релігій. Церковна організація розвивалася на основі принципу централізації: єпископії й митрополії поєднувалися в патріархії на чолі з патріархом. Основні догмати християнства викладені в 12 пунктах Символу віри, прийнятих на перших всесвітніх соборах у 325 і 381 роках. Відповідно до них християни повинні вірити в єдиного Бога, що виступає в трьох особах: Бога-Отця, Бога-Сина, Бога-Духу Святого.

Необхідно зазначити, що до XII століття термін «канонічне право» практично не застосовувався, бо не існувало окремої системи норм права, які б відрізнялися від суто релігійних норм, що регулюють питання віри, культу тощо. Норми права й норми релігії були тісно переплетені. При цьому в християнстві завжди була присутня ідея про богоугодний характер права, його всеприсутності в божественній світобудові. Тому порушення норм права завжди розглядалося як гріх.

2. Систематизований характер канонічного права. У процесі систематизації виокремлюють два періоди. Спочатку — на першому етапі воно мало несистематизований і децентралізований характер. З моменту виникнення християнства церква приймала безліч канонів церковних соборів і синодів, декретів і рішень окремих єпископів. Було випущено безліч укладень про покарання (довідників для священиків), що містили опис різних гріхів і покарань, які покладаються за них. Проте до XI століття не було спроб систематизувати накопичений за тисячоліття звід канонічного права. Крім

того, збірники канонів не були загально визнаними в християнському світі, а мали лише регіональне значення.

І лише на другому етапі, під час так званої Папської революції, ця риса стала відчутна — розпочалося вирізнення церковних законів в окрему релігійну систему норм та їх систематизація. У 90-х роках XI століття Івон Шартрський уперше зробив спробу систематизувати й викласти все право церкви. Рух по узагальненню законів церкви досяг кульмінації в 1140 році у трактаті Граціана, авторитет якого був загально визнаний. Ним користувалися і на нього посилалися папи, церковні собори й церковні суди. Нарешті, при Папі Григорії IX в 1234 році вийшло повне зібрання декреталій, що складалося приблизно з двох тисяч розділів, у якому узагальнювався і систематизувалася майже столітня праця. У 1298 році вийшла збірка декреталій, виданих Папою Боніфацієм VIII, а в 1317 році — збірка декреталій Папи Клементія V. З 1583 року ці чотири компіляції стали офіційно йменуватися Зводом канонічного права<sup>1</sup>. Частиною Зводу вважаються (хоча вони й не включені в нього офіційно) ще два тексти, складені незабаром після правління Папи Іоанна XXII. Крім цих основних текстів класичного канонічного права існують авторитетні тлумачення і коментарі, з яких найбільш важливими були твори Гугучіо й Іоанна Германця. Подальша систематизація канонічного права була продовжена в 1904 році, коли Папа Пій X створив комісію для розробки нового Кодексу канонічного права. До 1914 року робота була завершена, й у тому ж році Папа Бенедикт XV видав новий Кодекс канонічного права, що набрав чинності в 1918 році<sup>2</sup>. З 1984 року набрав чинності новий Кодекс канонічного права. Таким чином, на другому етапі норми канонічного права знайшли певну автономію всередині релігійних норм і сформувалися в окрему самостійну систему.

3. Канонічне право в Європі розвивалося в умовах становлення особливого політико-правового статусу Римської церкви. Між державою і релігійними організаціями часто виникали протиріччя, пов'язані з боротьбою за владу над людьми. Проте загально визнаним є факт, що будь-яка релігійна організація завжди існує в рамках тієї чи іншої держави і завжди її влада підкорюється суверенній владі цієї держави. Особливістю статусу християнської церкви в середні віка стала її боротьба за побудову єдиної централізованої церкви на чолі з Папою Римським, яка була б незалежна від державної влади. Ця боротьба, що дістала назву Папської революції, точилася в XI—XII століттях і відіграла ключову роль у розвитку канонічного права. Саме вона, як указує Г. Берман, породила західні правові системи нового часу, першою з яких стала система канонічного права<sup>1</sup>.

Папська революція поставила два завдання: по-перше, побудова єдиної централізованої церкви, що охоплює весь християнський світ, управління якою здійснюється виключно Папою Римським; по-друге, проголошення незалежності й верховенства влади церкви

над державною владою, втіленням якої був імператор. Під час революції Папа Григорій VII у 1075 році видав документ за назвою «Диктати Папи», що складався з 27 положень. Серед них були такі положення: 1) римська церква заснована єдиним Господом; 2) тільки римський єпископ по праву зветься всесвітнім; 3) він один має право скидати і поновлювати єпископів; 7) йому одному, відповідно до потреб, дозволено створювати нові приписи; 9) одному лише Папі всі князі повинні цілувати ноги; 12) він може скидати імператорів; 17) жодний припис або їхня збірка не можуть вважатися канонічними без його схвалення<sup>2</sup>.

Результатом цього протистояння стало прийняття в 1122 році Вормського конкордату. Імператор гарантував Папі повну й виключну владу над церквою і духовництвом, а також значну владу над мирянами. Папа мав вищу владу в питаннях релігійної практики й віри, він один міг давати відпущення серйозних гріхів, канонізувати святих, розподіляти індульгенції, схвалював усі зведення в духовний сан, установлював функції й повноваження всіх служителів церкви, створював і скасовував єпархії, став головним управителем усієї церковної власності. Він законодавствував за допомогою видання декреталій, скликав і керував всесвітніми соборами, тлумачив закони, дарував привілеї й дозволи, був також верховним суддею і відправником правосуддя.

Крім того, церква набула загальної юрисдикції у справах, не пов'язаних із внутрішньо-церковними відносинами. Папа здобув владу над мирянами в питаннях віри й моралі, а також в деяких цивільних питаннях, таких як шлюб і спадщина. З деяких питань церква отримала виключну юрисдикцію, а з окремих поділяла її зі світською владою.

У результаті Папської революції церква стала особливим політико-правовим утворенням у Європі. Не будучи державою, вона, як зазначає Г. Берман, набула багатьох її ознак і оголосила себе незалежною, ієрархічною, публічною владою. Її глава — Папа мав право видавати закони, а церква проводила їх через адміністративну ієрархію, через яку Папа правив так само, як нині править суверенний правитель через своїх представників. Церква тлумачила свої закони і застосовувала їх через судову ієрархію, вершиною якої була папська курія в Римі. Таким чином, вона здійснювала законодавчі, адміністративні й судові повноваження сучасної держави. На додаток до цього церква дотримувалась раціональної системи юриспруденції, канонічного права. Вона обкладала своїх підданих податком у формі десятини та інших повинностей. Через записи про водохрещення і смерть церква, по суті, вела метричні книги. Водохрещення ж надавало свого роду громадянство, якого можна було позбавитися через відлучення від релігії. Час від часу церква збирала армії<sup>1</sup>. Жодна інша релігійна організація у світі не змогла здобути подібного політико-правового статусу.

4. Вплив римського права на процес розвитку системи канонічного права. Відкриття наприкінці XI століття Зводу законів Юстиніана, його вивчення й викладання — основні події у становленні всього права в Європі. Римське право розглядалося як право ідеальне, як писане втілення розуму, принципами якого повинні керуватися всі, включаючи й церкву. Канонічне право запозичало багато понять і норм римського права, особливо в питаннях власності, спадкування й договорів. Зокрема, Граціан використовував при складанні Декрету як загальну схему побудови інституцій Юстиніана, так і величезну кількість виписок із джерел римського цивільного права. Римська церква протягом середніх віків у всіх своїх мирських справах керувалася виключно римським правом, ігноруючи розрізнені варварські звичаї й закони германських племен. Ось чому нерідко церква характеризується як хранителька римського права.

5. Наявність у канонічного права складної внутрішньої структури. У результаті розвитку вже у XII—XIII століттях воно являло собою не просто сукупність правил поведінки з різних питань, віднесених до компетенції церкви, а чітку систему права зі своєю структурою. Причому аналітичне об'єднання канонічного права, його докладна логічна систематизація відштовхувалися від уявлення про те, що в основі різноманітності правових норм і процедур лежить певний набір фундаментальних правових принципів і що завдання юристів — знайти ці принципи і привести право у відповідність з ними. На підґрунті юрисдикції церкви над певними класами осіб і категоріями справ виникло декілька галузей канонічного права — корпоративне, кримінальне, шлюбно-сімейне, спадкове, право власності, договірне і процесуальне право.

6. Канонічне право ніколи не розглядалося як вічне і незмінне: воно змінювалося відповідно до потреб часу. Цим система канонічного права відрізняється від системи мусульманського права. Як зазначає Е. Аннерс, іслам був так прив'язаний до авторитету Корану, що законотворчість була просто неможлива. Учені тільки розробляли деталі правопорядку шляхом умоглядного філософського тлумачення окремих місць Корану. Арабські правознавці, однак, і не прагнули створити окреме право на основі раціонального аналізу текстів<sup>1</sup>. У канонічному праві авторитет Біблії так само ніколи не оспорувався, але водночас визнавалося, що церква може приймати й абсолютно нові норми права, якщо вони не суперечать загальним принципам віри. У Диктатах Папи Григорія VII, виданих у 1075 році, було вперше прямо закріплено його право створювати нові закони відповідно до вимог часу.

7. Створення двох систем канонічного права після розколу християнської церкви. У другій половині IX століття протиріччя в питаннях влади між Римським і Константинопольським патріархами призвели до розколу єдиної християнської церкви на Західну і Східну, який був остаточно закріплений у 1054 році. Це надзвичайно вплинуло на використання цими церквами певних джерел канонічного права. Західна

церква — католики — визнали вищу владу Папи Римського і, відповідно, його актів — декреталій. Східна церква — православні — визнають насамперед джерела, що утворилися в період Всесвітніх соборів. Джерела, прийняті церквами після розколу, взаємного визнання не мають. Відмінністю цих систем є також ступінь систематизації норм права. Католицька церква пішла шляхом систематизації канонічного права, усунення внутрішніх протиріч на основі формально-логічних методів схоластики. Східна церква пішла шляхом збереження первісних традицій Всесвітніх соборів, через що не знала широкої переробки та систематизації права.

### **5.2. Джерела канонічного права**

Оскільки канонічне право — це релігійно-правова система, його першоджерелом визнається божественна воля, що знаходить своє втілення в книгах Святого письма — Біблії. Християнська церква визнає священними лише книги Нового Заповіту<sup>1</sup>. Норми цього божественного за походженням права є першоосновою й вищим началом позитивного церковного права. Презюмується, що норми церковного (людського) права не можуть суперечити праву божественному. Проте в повсякденній практичній діяльності на книги Святого письма, як правило, не посилаються, а переважно використовують право, створене церквою.

В епоху визнання християнства в Римській імперії діяло правило, щоб в кожній церковній області місцеві єпископи не рідше одного разу на рік збиралися на собор для обговорення загальних справ і вирішення питань, викликаних місцевим церковним життям і практикою. Постанови обласних (помісних) соборів, що вирішували проблеми і встановлювали правила поведінки для християнської громади, стали одним із джерел канонічного права. Спочатку вони мали регіональний характер, оскільки були обов'язкові тільки для церков тієї області, де собор був вищою церковною інстанцією. Але у зв'язку з тим, що підвалини церковного життя були однакові в різних провінціях, правила деяких обласних соборів стали застосовуватися і в інших церковних областях, ставши джерелами права для всієї церкви. Подібного значення набули, зокрема, рішення семи обласних соборів, що проходили в IV і V століттях: анкірський (314), неокесарійський (314), антиохійський (341), сардинський (344), гангрьський (362—370), лаодикійський

(343—381) і карфагенський (419)'.

Щоб приймати рішення, обов'язкові для всієї християнської церкви, почали збиратися надзвичайні собори, на які запрошувалися представники всіх патріархій. Вони дістали назву Всесвітніх соборів, а їх рішення — Постанови Всесвітніх соборів — стали найважливішими джерелами канонічного права. Загального визнання дістали сім Всесвітніх соборів — Нікейський перший (325), Константинопольський перший (381), Ефеський (431), Халкідонський (451), Константинопольський другий (553), Константинопольський третій (680), Нікейський другий (787)<sup>2</sup>. Слід зазначити, що вже на цьому етапі становлення канонічного права виникли розбіжності між Східною і Західною церквами з приводу рішень всесвітніх соборів. Східна і Західна церква не визнають окремих правил цих соборів. У середині XI — першій половині XIII століття церковні юристи розробили вчення про те, що тільки санкція Папи Римського повідомляє собору статус «Всесвітнього». З 1123 року папи відновили скликання Всесвітніх соборів, внаслідок чого католицька церква налічує тепер 21 Всесвітній собор<sup>3</sup>.

Після розколу церков на Сході перестали скликати періодичні собори. Їхнє місце посів постійний собор (синод) при константинопольському патріархові. Поступово він став головним органом церковного законодавства, а його акти — Постанови синоду — стали невід'ємним джерелом канонічного права Східної церкви.

Одним з найважливіших джерел канонічного права на Заході стали Папські декреталії (декрети). Уже в V столітті ці акти мали не менше значення, ніж соборні постанови, і включалися в усі збірники канонічного права. За часів Папської революції Григорій VII у Диктатах прямо закріпив своє виключне право видавати нові закони відповідно до потреб часу, визнавати або не визнавати книги канонічними і скликати Всесвітні собори. Відповідно до вчення Гугуччіо, яке офіційно визнано католицькою церквою, Папські декреталії почали розглядатися вище соборних канонів.

Наукові трактати авторитетних богословів, офіційно визнані церквою, аналізували і давали тлумачення існуючим нормам канонічного права. На Заході до таких належать праці Граціана, Гугуччіо, Іоанна Германця, на Сході — твори Олексія Арістіна, Іоанна Зонара і Федора Вальсамона тощо.

Так, праця «Декрети», видана Іоанном Граціаном близько 1140 року, вплинула на подальший розвиток всього канонічного права Західної церкви. Граціан став вважатися

творцем каноністики (науки канонічного права). Ця праця була не тільки систематичною збіркою джерел церковного права, але водночас і коментарем до них. Граціан відповідно до схоластичного методу виявляв розрізнення між суперечними або не цілком ясними положеннями і ставив питання, що вимагали вирішення в теорії та на практиці. «Декрет» був поділений на три частини. Перша охоплювала 101 «розходження», причому 20 перших були присвячені загальним питанням і джерелам, в інших йшлося про церковну організацію. Друга частина підрозділялася на 36 справ, у яких Граціан виокремлював численні «питання», розглядаючи майнове, процесуальне, орденське і брачно-сімейне право церкви, а також систему покаяння. Третя частина, розділена на п'ять «розходжень», трактувала церковні таїнства<sup>1</sup>.

Ще одним джерелом канонічного права є звичай. Церква не тільки не заперечує звичаї як джерело права, а й у деяких випадках прямо визнає їх дію в канонах Всесвітніх соборів. Однак для визнання звичаю від нього потрібно, по-перше, щоб він не суперечив духу як усїєї церкви, так і природі того інституту, якого він стосується; по-друге, щоб його існування і дія могли бути доведені за більш-менш тривалий час. Якщо церковний звичай задовольняє цим вимогам, він може не тільки заповнювати прогалини церковного законодавства, але й у деяких випадках обмежувати його дію.

### ***5.3. Застосування канонічного права в сучасному світі***

Канонічне право в сучасному світі застосовується набагато вужче, ніж у середні віки, залишаючись панівною системою тільки для однієї країни — Ватикану. Ватикан як держава був утворений у 1929 році. Хоча його площа становить лише 44 гектари, вона має всі ознаки державності: дипломатичні відносини з понад 100 країнами світу, голову — Папу Римського, уряд — Римську курію та ін.<sup>1</sup> Ватикан — це приклад теократичної монархії, влада в якій належить церковній ієрархії на чолі з Папою Римським.

Більшість країн, у яких діяли великі християнські громади і застосовувалося канонічне право, насамперед країни Європи, проголосили принцип відділення церкви від держави.



Відповідно до нього церква має право регулювати тільки внутрішньо-церковні відносини, а її норми розглядаються виключно як корпоративні і не можуть суперечити законодавству. Так, згідно зі ст. 1 Конституції Франції проголошено світський характер держави і рівність усіх громадян перед законом незалежно від віросповідання<sup>2</sup>. Цей конституційний принцип забезпечується Законом від 1905 року «Про відділення церкви від держави», а в деяких випадках і Кримінальним кодексом, що передбачає відповідальність священнослужителів, наприклад, за здійснення обряду одруження до укладення цивільного шлюбу.

Деякі держави у взаєминах із церквою дотримуються іншого принципу і проголошують християнство панівною релігією. Так, Конституція Греції закріпила, що панівною в Греції є релігія східно-православної Церкви Христової. Православна церква Греції, що визнає своїм главою Господа нашого Ісуса Христа, нерозривно зв'язана у своїх догматах з Великою Константинопольською церквою і з усякою іншою єдиновірною церквою Христовою, неухильно дотримується, так само як і вони, святих апостольських і соборних канонів і священних традицій<sup>1</sup>. У Греції існують і церковні суди, але до їх компетенції належить лише вирішення питань про відповідальність священнослужителів. Але навіть у таких країнах канонічне право не є діючою правовою системою, а є скоріше ідеологією, якої дотримується держава у своїй діяльності.

Проте канонічне право вплинуло на становлення основних правових систем сучасності, передусім романо-германського й англо-американського права. Багато сучасних правових інститутів у цих державах втілюють ідеї і принципи канонічного права. Так, Цивільний кодекс Греції, що набрав чинності в 1946 році, в положеннях, які стосуються сімейного права, закріпив багато канонів грецької православної церкви (укладення шлюбу лише в церковній формі, заборона шлюбу з нехристиянами, обмеження в розлученні, юридичне оформлення інституту заручення та ін.)<sup>2</sup>.

Нині лише деякі держави визнають чинність канонічного права на своїй території. Згідно зі ст. 111 Конституції Кіпру будь-яке питання щодо заручин, шлюбу, розлучення, судового поділу або реституції подружніх прав чи сімейних відносин повинно регулюватися правом греко-православної церкви або відповідно церкви іншої релігійної тупи, яке застосовувалося на 1960 рік, і має бути підсудним судам такої церкви. Більше того, Конституція забороняє законодавчій владі вторгтися в зазначену сферу<sup>1</sup>.

В Ізраїлі серед кількох офіційно визнаних релігійних правових систем — іудейського, мусульманського права діє також і канонічне право. У країні існує система релігійних судів, що застосовують відповідне право щодо осіб, які належать до тих чи інших

релігійних спільнот. Християнські релігійні суди мають виключну юрисдикцію на всі справи «персонального статусу» християн — громадян Ізраїлю, що стосуються вступу в шлюб, розлучень та аліментів.