

Конкуренция властей: исламское семейное право и квазисудебное разбирательство в Северной Америке

ЮСЕФ АЛИ ВАХБ¹ (YUSEF ALY WAHB)

Аннотация

Мусульмане в Северной Америке, стремясь разрешить свои частные споры, сталкиваются с многогранными проблемами доступа к правосудию. Поскольку исламские законы о браке и разводе не всегда соответствуют североамериканским семейным законодательным практикам, мусульманам приходится одновременно пытаться выполнять свои обязательства перед обеими правовыми системами. В отличие от светского права, исламский бракоразводный процесс требует либо окончательного согласия мужа, либо присутствия судьи-мусульманина.

¹ Юсеф Али Вахб — заместитель редактора Института исламских исследований Якин, преподаватель исламского права на юридическом факультете Виндзорского университета, имеет степень магистра права Виндзорского университета и степень бакалавра исламских исследований Университета Аль-Азхар.

Они также предусматривают существенные материальные обязательства и права разведенных лиц, сопоставимые с соответствующими гарантиями (*corollary relief* — опека и поддержка детей в процессе развода), предусмотренными законами о семейном праве. Отсутствие религиозных квазисудебных процедур разрешения споров создает препятствия для получения мусульманами религиозного развода или аннулирования брака, а также для последующих мер правовой защиты, такой как финансовое урегулирование [отступные] и опека, в соответствии с их религиозными убеждениями. Чтобы разрешить проблему, связанную с этими накладывающимися друг на друга барьерами, в данной статье анализируются формы исламских юридических полномочий по разрешению религиозного развода или аннулирования брака, а также по посредничеству или арбитражному урегулированию соответствующих гарантий с использованием религиозного права. В заключение в статье даются рекомендации по созданию целостной системы разрешения семейных споров в соответствии с исламским правом и юридически осуществимым образом.

ВСТУПЛЕНИЕ

Североамериканские мусульмане в спорных бракоразводных делах ограничиваются получением развода по решению суда (что может не соответствовать требованиям исламского закона о разводе) или обращением за помощью к религиозным лидерам, таким как имамы, религиозные консультанты или исламские организации (которые могут не иметь обязательных юридических полномочий ни по исламскому, ни по светскому законодательству)². Мусульманские общины Северной Америки в основном рассматривают своих религиозных лидеров (имамов и богословов) как добровольно назначенных посредников

² Для изучения того, как споры по семейному праву в канадской мусульманской общине понимаются и решаются как в культурном, так и в правовом контексте, см. Yousef Aly Wahb, "Faith-Based Divorce Proceedings: Alternative Dispute Resolutions for Canadian Muslims," *Canadian Family Law Quarterly* 40, no. 2 (2022).

и арбитров³. Семьи обращаются за неофициальной помощью к религиозным лидерам для разрешения супружеских споров, что приводит к созданию практически нерегулируемой «особой системы, в которой отдельные имамы и третейские судьи принимают решения, о которых не сообщается»⁴. Подобный «частный заказ» вызывает множество проблем, включая неясные юридические полномочия или неподтвержденную религиозную легитимность, неточные и непоследовательные решения, при недостаточной квалификации лиц, принимающих решения, и даже потенциальные злоупотребления.

Светское законодательство отличается тем, что разрешает, ограничивает или запрещает приведение в исполнение арбитражных решений, основанных на религиозных убеждениях, особенно если они выносятся на основе исламского права. При этом супруги-мусульмане сталкиваются с трудностями при попытке обеспечить соблюдение своих исламских брачных контрактов (соглашений о браке и раздельном проживании) из-за судебной непоследовательности в интерпретации религиозных условий этих договоров. Предполагаемый нейтралитет государства не позволяет законодательным и судебным органам вмешиваться в толкование религиозных принципов или решение религиозных вопросов. Как следствие, мусульмане Северной Америки используют альтернативные механизмы разрешения споров, чтобы урегулировать свои личные дела вне суда в контексте, который более соответствует их потребностям.

Ислам рассматривает институт брака как священный, а Коран (основной источник права) считает его знамением от Бога⁵ и практикой пророков⁶. Несмотря на это религиозное обоснование брака, исламское право, по сравнению с другими каноническими законами, может считаться первым, которое превратило брак из «статуса» в «контракт»⁷. Оно рассматривает брачный союз как налагающее обязанности религиозное со-

³ Zahela Kamarauddin, Umar A. Oseni & Syed Khalid Rashid, "Transformative Accommodation: Towards the Convergence of Shari'ah and Common Law in Muslim Authority Jurisdiction," *Arab Law Quarterly* 20, no. 3 (2016): 257.

⁴ Julie Macfarlane, *Islamic Divorce in North America: Choosing a Shari'a Path in a Secular Society* (Oxford: Oxford University Press, 2012), 262.

⁵ Коран 30:21.

⁶ Коран 30:38.

⁷ Majid Khadduri, "Marriage in Islamic Law: The Modernist Viewpoints," *American Journal of Comparative Law* 26, no. 2 (1978): 213.

глашение и гражданский акт между двумя юридически и морально ответственными лицами, которые обязуются выполнять религиозный долг⁸. Этот социальный и религиозный договор автоматически включает в себя обязательные условия исламского права и связывает обе стороны религиозными правилами, даже если они прямо не заявлены.

Религиозное признание гражданских разводов ограничивается тем, что исламское право лишает судей-немусульман судебной власти, особенно в вопросах семейного права. Даже если гражданское судопроизводство будет соответствовать религиозным обычаям, религиозная принадлежность гражданского судьи будет определять исламскую легитимность его решений. Этот теологический и юридический вопрос занимает центральное место в классическом исламском праве, в функционировании судов по семейным делам в большинстве мусульманских стран сегодня и в практике многих мусульман Северной Америки. Развитие исламских правовых теорий о судебной власти в периоды существования мусульманской диаспоры дает возможность юридически гибко охарактеризовать положение мусульманских меньшинств, проживающих в немусульманских странах, и обеспечить альтернативные механизмы разрешения семейных споров в отсутствие судей-мусульман.

Наиболее распространенными методами расторжения брака в соответствии с исламским законодательством, которые не требуют участия какого-либо судебного органа, принимающего решения, являются *талāқ* и *хул‘*. *Талāқ* — это «устный или письменный односторонний развод, оформленный мужем, прямо или косвенно сигнализирующий о его намерении развестись»⁹. *Хул‘* — это «устный или письменный двусторонний развод, инициированный женой, означающий разрыв. Это договорное соглашение, которое подразумевает выплату мужу финансовой компенсации в обмен на освобождение от брачных уз»¹⁰.

⁸ «Арабское слово “уқуд” охватывает всю сферу обязательств, включая духовные, социальные, политические и коммерческие. В духовной сфере “уқуд” касается обязательств человека перед Аллахом; в сфере общественных отношений этот термин определяет взаимосвязи, включая брачный договор». Noor Mohammad, “Principles of Islamic Contract Law,” *Journal of Law and Religion* 6, no. 1 (1988): 116.

⁹ Wahb, “Faith-Based Divorce Proceedings,” 111.

¹⁰ Мужу запрещено принуждать свою жену согласиться на *хул‘* в качестве альтернативы одностороннему разводу; в противном случае он будет лишен права на финансовую компенсацию *хул‘*. Ibid., at 110–113.

Примечательно, что между исламскими и гражданскими методами расторжения брака нет внутренней равнозначности:

Лишь в ограниченных случаях гражданский развод или аннулирование брака могут рассматриваться как *талāқ* и *хул'*. Жена, получившая разрешение на гражданский развод или аннулирование брака, несмотря на возражения мужа, должна самостоятельно добиться религиозного признания расторжения брака. Для облегчения разрешения супружеских споров в Канаде необходимы исламские юридические полномочия, чтобы: (1) оформить религиозный развод или аннулировать брак в дополнение к гражданскому разводу и (2) выступить посредником или третьей-судьей в разрешении сопутствующих споров, используя религиозные законы и принципы¹¹.

На самом деле имамы Северной Америки участвуют в процессах проведения *талāқ* или *хул'* в качестве посредников. В случаях, когда муж отказывается от *талāқ* или борется за *хул'*, подходы имамов различаются. Некоторые имамы берут на себя роль судьи, чтобы иметь возможность признать брак недействительным (*фасх*) или распорядиться о разводе (*таṭлиқ*). Оба эти метода не требуют привлечения к процессу мужа, необоснованно настаивающем на своем. Другие имамы воздерживаются от вмешательства в разрешение споров, опасаясь серьезных последствий.

СЕМЕЙНОЕ ПРАВО В СОВРЕМЕННОМ МУСУЛЬМАНСКОМ МИРЕ

Исламское право (*фиқх/шарī'а*) не является продуктом государственного законодательства; это результат юридического анализа первичных божественных источников. Тем не менее политическая, социальная и институциональная динамика повлияли на развитие и применение исламского права. Этот динамичный процесс, в котором функционируют юристы, потребовал создания согласованных наборов правовых доктрин и юридических методологий, которые были приняты юридическими научными школами (*мазхаб*, мн. ч. *мазāхиб*). Мазхабы

¹¹ Wahb, "Faith-Based Divorce Proceedings," 112.

имеют существенные различия в своих основных доктринах, включая подходы к регулированию семейной ячейки¹². В своих позициях по основополагающим и финансовым вопросам они, как правило, придерживаются гендерной и иерархической структуры семьи. Это может быть «в интересах мужа... но с существенным базовым элементом взаимности обязательств по сделке»¹³. Несмотря на это, глубокие различия в мазхабах влияют на применение прав и средств правовой защиты в соответствии с исламским семейным законодательством.

Мазхабы систематически развивались вместе с юристами, применяя первоисточники к возникающим проблемам при помощи герменевтики и методов юридического обоснования, создавая различные сообщества интерпретаторов, задокументированные в трактатах, юридических заключениях (*фатāwā*, ед. ч. *фатвā*) и в судебных решениях. Исламская юриспруденция продолжала развиваться постепенно, включая развитие многожанровых и междисциплинарных исследований, кодифицируя законодательство и создавая правовые институты и государственную судебную системы.

Ранняя история исламского права воплощала различные формы правового плюрализма, выходящие за рамки его современной концепции (поскольку возникла в ответ на правовой централизм)¹⁴. Одним из примеров внутриисламского плюрализма является историческое разнообразие назначений судей в мазхабах, порой учитывающее различные образовательные и культурные особенности. Более того, было признано, что судебные решения, основанные на неисламской вере, учитывают интересы авраамических религиозных меньшинств. Действительно, подобного рода проявления правового плюрализма часто были предметом внутренней политической борьбы между династиями и между конкурирующими правовыми культурами¹⁵; они иллюстрируют развитие правовых институтов в условиях комплексности отношений между правом, политикой и обществом. Исторические примеры правового плюрализма, на

¹² Wahb, "Faith-Based Divorce Proceedings," 175-76.

¹³ Lama Abu-Odeh, "Modernizing Muslim Family Law: The Case of Egypt," *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 37, no. 4 (2004): 1070-1073.

¹⁴ John Griffiths, "What is Legal Pluralism?" *Journal of Legal Pluralism & Unofficial Law* 18, no. 24 (1986):1-2.

¹⁵ Sherman A. Jackson, "The Primacy of Domestic Politics: Ibn Bint Al-A'azz and the Establishment of Four Chief Judgeships in Mamlūk Egypt," *Journal of the American Oriental Society* 115, no. 1 (1995): 53-56.

которые повлияло применения исламского права общинами, необходимы для понимания развития современного правового плюрализма исламских семейных судов¹⁶.

Признание неисламских представлений о браке является частью приверженности ислама плюрализму семейного права. Возможно, это похоже на пространство, которое современный либерализм создает для частных вопросов и светского семейного права¹⁷. Плюрализм исламского семейного права основан на четырех основных факторах: 1) невозможность разрешения разногласий, возникающих в результате человеческого толкования в процессе поиска закона; 2) договорный характер исламского семейного права и его сочетание обязательных и разрешительных норм; 3) внесудебное религиозное регулирование семьи, предоставляющее сторонам возможность отступить от стандартных положений исламского права, и 4) готовность исламского права ограниченно признавать браки в рамках неисламских систем семейного права в соответствии с принципом предоставления немусульманам автономии в их религиозных делах¹⁸.

Несмотря на продолжающееся светское влияние в постколониальную эпоху, кодификация права в мусульманских странах в целом сохранила религиозные принципы. В частности, секуляризация оказала наименьшее влияние на исламское семейное право, которое в значительной степени сохранилось во всем мусульманском мире. Хотя области уголовного, финансового и административного законодательства были изменены, «закон о личном статусе, некоторые части которого, касающиеся брака и наследования, были непосредственно заимствованы из Корана, оставался практически неизменным до наших дней»¹⁹. Различные исламские проекты кодификации, включая обширный проект «Маджалла», кодифицировали темы финансовых операций, завещаний и имущества, а также свидетельские показания²⁰, но

¹⁶ Aron Zysow, "Islamic Law and Political Authority," *Harvard International Review* 7, no. 6 (1984): 44.

¹⁷ Mohamed Fadel, "Political Liberalism, Islamic Family Law and Family Law Pluralism" в *Marriages and Divorce in Multi-Cultural Context: Reconsidering the Boundaries of Civil Law and Religion*, ed. Joel A. Nicholes (Cambridge University Press, 2010), 165-66.

¹⁸ *Ibid.*, 175-193.

¹⁹ Khadduri, "Marriage in Islamic Law," 214.

²⁰ Дополнительную информацию о проектах кодификации, затрагивающих различные мазхабы и другие правовые области, см. Fatima El-Awa, *ʿAqd al-tahkīm fi al-sharīʿah wal-qānūn* (Beirut: al-Maktab al-Islāmī, 2002), 105-127.

не включали никаких вопросов семейного права. В 1917 году была предпринята первая попытка разработать всеобъемлющий исламский семейный кодекс: Османский кодекс семейных законов был призван централизовать власть и стандартизировать правовые нормы²¹. Этот кодекс был принят многими странами Ближнего Востока и использовался в течение длительного периода, а некоторые современные государства, такие как Ливан и Иордания, до сих пор применяют его отдельные положения²². Ключевой причиной эффективного применения данного кодекса является его юридическая гибкость, позволяющая основывать решения на учении нескольких мазхабов, что отличает его от «Маджалла». Это побудило правоведов мусульманских стран полагаться на обширную юридическую литературу при разработке семейных кодексов и реформировании правовой культуры.

В современной юриспруденции принимается во внимание верховенство исламского права в семейных вопросах и данный аспект прямо упоминается в прецедентном праве. Например, в 1979 году Кассационный суд Египта заявил, что все положения должны «основываться на чисто светской доктрине... которой может придерживаться общество в целом и которая не должна быть связана с какими-либо положениями религиозных законов»²³. Однако, занимаясь секуляризацией общих положений, Суд прямо поддержал «устоявшуюся судебную практику этого Суда, согласно которой исламский закон [шарī'a]... в принципе применяется к положениям по вопросам семейных отношений»²⁴. Несмотря на повсеместное сохранение исламского семейного права, оно избежало стагнации. С течением времени оно претерпело значительные изменения и продолжает порождать новые, порой противоречивые модификации.

В настоящее время большинство систем семейного права в мусульманских странах допускает правовые реформы, направленные на пересмотр классических юридических кодексов²⁵. В этом качестве законодательство охватывает правовые

²¹ Kristen Stilt, Salma Waheedi & Swathi Griffin, "The Ambitions of Muslim Family Law Reform," *Harvard Journal of Law & Gender* 41 (2018): 308.

²² El-Awa, 'Aqd al-tahkīm, 92.

²³ Hussein Ali Agrama, "Sovereignty, Indeterminacy: Is Egypt a Secular or Religious State?" *Comparative Studies in Society and History* 52, no. 3 (2010): 506.

²⁴ Maurits S. Berger, "Secularizing Interreligious Law in Egypt," *Islamic Law & Society* 12, no. 3 (2005): 406 (выделено Вахаб).

²⁵ Syed Naqvi, "Modern Reforms in Muslim Family Laws: A General Study," *Islamic Studies* 13, no. 4 (1974): 235.

доктрины, выходящие за рамки общепринятых ортодоксальных школ, и отвечает быстро меняющейся социальной динамике²⁶. Данные реформы предоставляют женщинам дополнительные права в неоднозначных ситуациях, такие как право опекуна при заключении брака, супружескую поддержку и алименты, опеку над детьми и расторжение брака в судебном порядке. Например, расторжение брака по аннулированию через суд или развод по решению суда обычно доступны в большинстве мусульманских стран на основании выборочного предпочтения одной из ортодоксальных юридических школ:

...Доктрина Малики применима сегодня в большинстве мусульманских стран ...классический ханафитский закон практически не позволяет жене требовать расторжения брака на каком-либо другом основании. Но в Пакистане, где большинство является последователями ханафитского мазхаба, Закон о расторжении мусульманских браков от 1939 года дает жене право требовать развода также и по четырнадцати другим причинам²⁷.

Несмотря на согласие провести правовую реформу в ряде стран, считается, что только Турция отменила шариат, а Тунис только частично отказался от него, упразднив многоженство²⁸. Большинство ближневосточных и арабских стран следуют шариату как в процессуальном, так и в материальном праве и адаптируют его к современным социальным изменениям, не меняя существенно его основных принципов.

Религиозные полномочия неисламской судебной системы

Доступ к правосудию определяется тем, кто участвует в вынесении судебных решений. Судебная система руководствуется двумя авторитетными позициями: ученого-правоведа (*муфтий*) и судьи (*кадий*). Явное различие между ними заключается в том,

²⁶ Обзор схем разводов в современных мусульманских государствах можно найти в работе Abdullah An-Na'im, *Islamic Family Law in a Changing World: A Global Resource Book* (London: Zed Books, 2002).

²⁷ Ibid., 240.

²⁸ Khadduri, "Marriage in Islamic Law," 217.

что *муфтй* выносит фетву, не имеющую обязательной силы, а *ка̣дй* выносит решение, подлежащее исполнению (*хукм*). Соответственно, религиозные нормативные постановления подразделяются на две категории: 1) те, которые можно получить только посредством фетвы, например, относительно вопросов, связанных с актами поклонения, включая ритуалы молитвы и поста, и 2) те, что можно вывести посредством или фетвы, или *хукм*, например, касательно вопросов, связанных с договорными соглашениями, включая брак и развод²⁹.

Хотя исламская концепция судебной власти имеет несколько определений, все они относятся к авторитету *ка̣дй* и его *хукм*. По сути, *хукм* — это юридически и морально обязывающее решение, вынесенное законной властью, основанное на божественном источнике, которое разрешает конфликт окончательно и бесповоротно³⁰. Примечательно, что *хукм* не только связывает истца, но и морально обязывает любые третьи стороны, например юристов, которые могут придерживаться противоположных взглядов³¹. *Хукм* является авторитетным «не потому, что он соответствует той или иной конкретной правовой норме, а из-за абсолютной власти, которая присуща институциональному положению [*ка̣дй*]» в правовой системе³². То, что судебное решение носит религиозно обязательный характер, потребовало от мусульманских юристов разработать строгие условия отбора для назначения на должность судьи. Практически все мазхабы требуют, чтобы *ка̣дй* имел высокий уровень знаний в области исламского права³³, а также был мусульмани-

²⁹ Shihāb al-Dīn Aḥmad ibn Idrīs al-Qarāfī. *al-Furūq*, ed. Muḥammad Sirāj & ‘Alī Jum‘a, 1st ed., 4 vols. (Cairo: Dār Al-Salām, 2001), 1:1182.

³⁰ См. термин *ка̣дй* в *al-Mawsū‘ah al-Fiqhiyyah al-Kuwaitiyah* (Kuwait: Dār al-Safwa 1995), 33:291–93.

³¹ Shihāb al-Dīn Aḥmad ibn Idrīs al-Qarāfī. *al-Ihkām fī tamyīz al-fatāwā ‘an al-ahkām wa taṣarruḥāt al-qāḍī wal-imām* (The Criterion for Distinguishing Legal Opinions from Judicial Rulings and the Administrative Acts of Judges and Ruler), translated by Mohamad Fadel (Yale University Press, 2017), 14.

³² Anver Emon, “Islamic Law and the Canadian Mosaic: Politics, Jurisprudence, and Multicultural Accommodation,” *Canadian Bar Review* 87, no. 2 (2008): 400

³³ О различных требованиях каждой суннитской школы см. *al-Mawsū‘ah al-fiqhiyyah*; Ghulam Murtaza Azad. “Qualifications of a Qāḍī,” *Islamic Studies* 23, no. 3 (1984): 249. Обсуждение данных условий у шиитов см. Muḥammad Ḥasan al-Najafī. *Jawāhir al-kalām fī sharḥ shara‘i‘ al-Islām*, ed. Ḥaidar al-Dabbāgh, 2nd ed, 44 vols. (Iran: Mu‘ssasat al-Nashr al-Islāmī, 2012), 41:12–95.

ном, признанным действующей политической властью³⁴, честным и с хорошими манерами, физически компетентным и психически устойчивым³⁵. Другие условия оспариваются между мазхабами, например, что касается пола *kāḍi*³⁶ и его происхождения³⁷. Существуют также дополнительные условия, выдвигаемые определенными теологическими группами.

Эволюция исламской правовой системы была не только результатом ее кодификации, но также и систематизации судебной системы, разработки требований к назначению судей и результатом развития юридической подготовки³⁸. Переход от традиционной системы правления к национальному государству в сочетании с секуляризацией и кодификацией повлиял на форму и характер судебной власти. Например, изменились требования к квалификации судей: с определенного уровня исламской учености они перешли на современный уровень квалификации юридических школ³⁹. Хотя эти изменения могут быть оправданы сокращением свободы усмотрения судей, которое сопровождало кодификацию исламского права, они подорвали религиозный характер юридической позиции, а также связанные с ней социальные и теологические ожидания. Тем не менее даже после секуляризации религиозный авторитет судей и исключительное право мусульманских судей в судах по семейным делам остаются частью норм исламского семейного права⁴⁰.

³⁴ *Al-Mawsū'ah al-fiqhiyyah*.

³⁵ Shams al-Dīn Muḥammad ibn Aḥmad al-Khatīb al-Shirbīnī. *Mughnī al-muḥtāj ilā ma'rifat ma'ānī alfāz al-minhāj*, 4 vols. (Cairo: Muṣṭafā al-Bābī al-Halabī, 1985), 4:375.

³⁶ Abū Bakr ibn Mas'ūd Kāsānī. *Badā'i' al-ṣanā'i' fi tartīb al-sharā'i'* (Beirut: Dār al-Kutub al-'Arabi, 1974), 9:4079; Karen Bauer, "Debates on Women's Status as Judges and Witnesses in Post-Formative Islamic Law," *Journal of the American Oriental Society* 130, no. 1 (2010): 1.

³⁷ Muḥammad al-Dasūqī. *Hāshiyat al-dasūqī 'alā al-sharḥ al-kabīr*, 4 vols., (Cairo: 'Isa al-Halabī, 2004), 4:129-130; al-Najafī, *Jawāhir al-kalām*, 41:14.

³⁸ См., например, Najibah M. Zin, "The Training, Appointment, and Supervision of Islamic Judges Malaysia," *Pacific Rim Law and Policy Journal* 21, no. 1 (2012):115.

³⁹ См. Nadia Sonneveld & Ahmed Tawfik, "Gender, Islam and Judgeship in Egypt," *International Journal of Law in Context* 11, no. 3 (2015):348.

⁴⁰ Lynn Welchman, *Women and Muslim Family Laws in Arab States: A Comparative Overview of Textual Development and Advocacy* (Amsterdam: Amsterdam University Press, 2007), особенно главы "Shari'a Postulates, Statutory Law and the Judiciary".

Исключения из условий назначения судей

Фундаментальной целью ислама является обеспечение справедливости для всех и поддержание социальной стабильности. Следовательно, исламское право рассматривает назначение судей как общественную ответственность⁴¹. Поэтому, если не создать функциональной судебной системы, все общество будет привлечено к религиозной ответственности. Аль-Джувеини назвал «установление правосудия среди мусульман, освобождение угнетенных от угнетателей и разрешение конфликтов между тяжущимися сторонами» одной из основ исламской веры и одной из наиболее важных общинных обязанностей⁴². Другие ученые-шафииты считали, что занять должность судьи, если соблюдены необходимые условия, важнее, чем участвовать в джихаде⁴³. Общинный долг «предписывать добро и запрещать зло»⁴⁴ требует, чтобы члены сообщества помогали судебной системе, поддерживая социальную справедливость и защищая права людей посредством дачи свидетельских показаний⁴⁵. Судейство само по себе считается средством предписания добра и запрета зла⁴⁶. Благодаря ему достигаются религиозные и мирские интересы⁴⁷.

⁴¹ Abū Bakr Aḥmad ibn ‘Alī Al-Jaṣṣās. *Sharḥ kitāb adab al-qāḍī lil-imām Abī Bakr al-Khaṣṣāf* (Beirut: Dār al-Kutub al-‘Ilmiyyah, 2012), 361–65.

⁴² ‘Abdulmalik al-Juwaynī. *Nihāyat al-Maṭlab fī Dirāyat al-Maḍḥahab*, ed. ‘Abdul‘azīm al-Dīb, 1st ed., 20 vols. (Beirut: Dār al-Minhāj, 2007), 18:458.

⁴³ Abū Ḥāmid al-Ghazālī, al-Wasīṭ fī al-Maḍḥhab, ed. Aḥmad Ibrāhīm & Muḥammad Tāmer, 1st ed., 7 vols. (Cairo: Dār al-Salām, 1997), 7:287. См. также al-Bayhaqī, *al-Sunan al-Kubrā* (no. 20172): знаменитый *māb’ū* Масрук сказал: «Судить между людьми [праведно] всего один день для меня лучше, чем вести джихад в течение года».

⁴⁴ Обсуждение этой общественной обязанности см. Abū Ḥāmid al-Ghazālī. *Ihyā’ ‘Ulūm al-Dīn*, 1st ed., 10 vols. (Jedda: Dār al-Minhāj, 2011), 4:535–663; David Decosimo. “An Umma of Accountability: Al-Ghazālī against Domination,” *Soundings: An Interdisciplinary Journal* 98, no. 3 (2015):260.

⁴⁵ Jalāl al-Dīn al-Suyūṭī. *al-Ashbāh wal-Nazā’ir*, ed. Muḥammad Tāmer & Ḥāfiẓ Ḥāfiẓ, 7th ed., 2 vols. (Cairo: Dār al-Salām, 2018), 2:722.

⁴⁶ Abū al-Ḥasan al-Māwardī. *al-Ḥawī al-kabīr*, ed. ‘Adil ‘Abd al-Mawjūd and ‘Alī Mu‘awwad, 1st ed., 11 vols. (Beirut: Dār al-Kutub al-‘Ilmiyyah, 1994), 16:7; Burhān al-Dīn Ibrāhīm ibn Farḥūn. *Tabṣīrat al-ḥukkām fī uṣūl al-uqḍīyah wa manāḥij al-aḥkām*, ed. Jamāl Mar’ashlī, special edition, 2 vols. (Riyadh: Dār ‘Ālam al-Kutub, 2003), 1:10.

⁴⁷ Badr al-Dīn Ibn Jamā‘ah. *Taḥrīr al-aḥkām fī tadbīr ahl al-Islām*, ed. Fu‘ād Aḥmad, 1st ed., (Qatar: Ri’āsat al-Maḥākīm al-Shar‘iyyah wa-al-Shu‘ūn al-Dīniyyah, 1985), 88.

В целях практической адаптации, исламское право в различных школах и на протяжении всей истории предусматривало широкий спектр исключений, когда условия назначения судей не могли быть соблюдены. Почти все мазхабы предлагают определенную гибкость в отношении обстоятельств, позволяющую отказаться от некоторых условий для защиты гражданских прав, предоставления социального обеспечения и предложения альтернативных способов разрешения споров. Ахмад ибн Ханбал отметил важность того, чтобы доступ к правосудию не был поставлен под угрозу строгим соблюдением требований, следующим образом: «должен быть судья [доступный для людей], чтобы их права не были нарушены»⁴⁸. Таким образом, юристы ханбалитской школы заявляют, что условия в целом должны соблюдаться в максимально возможной степени, отдавая приоритет наилучшим имеющимся кандидатам⁴⁹.

Что касается уровня юридических знаний, то маликитская школа разрешала назначение *мукаллид* или кандидата, не обладающего знаниями, с оговоркой, что первый подчиняется только вердикту своего «*имама мазхаба*»⁵⁰, а второй будет консультироваться с учеными, прежде чем выносить решение⁵¹. При обсуждении условия религиозной честности, многие ханафитские юристы узаконивали назначение нечестивых (*фāсиқ*) судей, в то же время запрещая политической власти инициировать их назначение, чтобы облегчить доступ к правосудию⁵². В противном случае «не будет легитимной судебной системы, особенно в наше время»⁵³. Кроме того, ханафитские юристы подтверждали законность мусульманских судей, назначенных немусульманскими властями, если мусульманская община, находящаяся под их юрисдикцией, одобряла кандидатов⁵⁴.

⁴⁸ Manṣūr ibn Idrīs al-Buhūti. *Kashāf al-qināʿ ʿan matn al-ignāʿ*, 6 vols. (Beirut: ʿĀlam al-Kutub, 1983), 6:286.

⁴⁹ Ibid., 296.

⁵⁰ Ibn Farḥūn, *Tabṣirat al-ḥukkām*, 1:21-22.

⁵¹ Al-Dasūqī, *Hāshiyat al-Dasūqī*, 4:129.

⁵² Muḥammad ibn ʿUmar Ibn ʿĀbidīn. *Radd al-muḥtār ʿalā al-durr al-mukhtār sharḥ tanwīr al-abṣār*, ed. ʿĀdil ʿAbd al-Mawjūd and ʿAlī Muʿawwaḍ, 1st ed., 14 vols. (Beirut: Dār al-Kutub al-ʿIlmiyah, 2011), 8:25.

⁵³ Ibid.

⁵⁴ Ibid., 5:368; Niẓām. *al-Fatāwā al-hindiyyah*, ed. Maḥmūd Maṭrajī, 6 vols. (Damascus: Dār al-Fikr, 1991), 3:307. Аль-Изз ибн Абд ас-Салам (ум. 660/1262), шафиитский юрист, также придерживался этого мнения: al-ʿIzz ibn ʿAbd al-Salām. *Qawāʿid al-aḥkām fī maṣāliḥ al-anām*, ed. Nazīh

Что касается условия признания [судей] законной мусульманской властью, то юристы-шафииты отговаривали судей уходить в отставку из-за того, что новый предполагаемый правитель был несправедливым или нелегитимным по другим причинам. Они также отговаривали общественность отменять назначение «неквалифицированных» судей⁵⁵, дабы предотвратить больший вред от социальных волнений против политической правящей системы.

Двенадцатеричная школа шиитов также допускала некоторые исключения, связанные с уровнем учености и честности судьи, несмотря на строгое условие школы получать подтверждение назначения судей от «имамов»⁵⁶.

Такой широкий спектр исключений породил отдельные правовые доктрины, характерные для некоторых из упомянутых школ. Термин «судья по необходимости» (*kāḍī al-ḍarūra*) был введен в обиход и наиболее полно развит в шафиитском мазхабе⁵⁷. Слово «необходимость» относится к общественной потребности в расширении доступа к правосудию, которая превалирует над важностью удовлетворения индивидуальных требований для назначения на должность судьи: решения по назначению «исполняются вследствие необходимости, дабы не ущемлять интересы и чаяния людей»⁵⁸. Акцент на необходимости также усиливает обусловленный обстоятельствами характер этих назначений, допустимых только в качестве исключения из правил, тем самым соответствуя условию о том, что первоначальные требования, предъявляемые к *kāḍī*, должны быть соблюдены, когда это возможно⁵⁹. Данный подход отражается в

Ḥammād and ʿUthmān Jumʿah, 1st ed., 2 vols. (Damascus: Dār Al-Qalam, 2000), 1:121-2. Еще одно упоминание того же мнения у шафиитов ад-Дамири (ум. 808/1405) приписывает Ибн ар-Рифе (ум. 710/1310): Kamāl al-Dīn al-Damīrī. *al-Najm al-wahhāj fī sharḥ al-Minhāj*, 1st ed., 10 vols. (Jedda: Dār al-Minhāj, 2004), 10:151. Однако аль-Хатиб аш-Ширбини (ум. 977/1570) счел мнение Ибн Абд ас-Салама неточным. Также см. ʿAbd al-Karīm Zaydān. *Niẓām al-Qaḍāʾ fī al-Sharīʿah al-Islāmiyah* (Beirut: Al-Risala Foundation, 1989), 36-37.

⁵⁵ Zakariyā al-Anṣārī. *Asnā al-maṭālib sharḥ rawḍ al-tālib*, ed. Muḥammad Tāmīr, 2nd ed., 9 vols. (Beirut: Dār al-Kutub al-ʿIlmiyah, 2012), 9:103-104.

⁵⁶ Al-Najafī, *Jawāhir al-Kalām*, 90-94; al-Khush, *al-qadāʾ*, 163.

⁵⁷ Ibn Hajar al-Haytamī. *Tuḥfat al-muḥtāj bi Sharḥ al-Minhāj*, ed. Anwar al-Dhāghistanī, 1st ed., 10 vols. (Kuwait: Dār al-Ḍiyā, 2020), 7:219.

⁵⁸ Ibn al-Naqīb al-Miṣrī. *The Reliance of the Traveler*, translated by Nuh Keller (Maryland: Amana Publications Beltsville, 2008), 629-30.

⁵⁹ *Al-Mawsūʿah al-fiqhiyyah*, 13:166.

полномочиях, предоставляемых судье в силу обстоятельств, когда это необходимо. В частности, авторитет такого судьи зависит от того, насколько обстоятельно он будет консультироваться с учеными специалистами перед вынесением решения, поскольку это обеспечит использование веских юридических обоснований⁶⁰. Кроме того, в судебных решениях должны содержаться прямые ссылки на подтверждающие доказательства, чтобы стороны судебного процесса могли задать вопросы об их силе, а также о достоверности любых свидетелей⁶¹. Данные правила демонстрируют сложность обоснования легитимности судьи по необходимости, а также оценки масштабов его роли и снижения риска процессуальных злоупотреблений.

Сообщество замещает юридическую власть

Мусульманские сообщества, живущие под управлением немусульманской правовой системы, руководствуются рамками общественной ответственности ислама (*фард кифāйа*), чтобы и дальше достигать своих высших целей⁶². В частности, при отсутствии процедуры назначения *кадй* исламский закон возлагает на лидеров общин⁶³ ответственность за назначение наиболее квалифицированных из имеющихся судей. Примечательно, что недвусмысленно признавалось общественное содействие разрешению семейных споров: «Жене отсутствующего мужа [местонахождение которого неизвестно] разрешено поднять свой вопрос [о разводе] перед [мусульманским] судьей, [мусульманским] правителем... или мусульманской общиной»⁶⁴. Хотя подобные постановления можно найти во всех мазхабах⁶⁵, наиболее известны они в ханафитской и маликитской школах.

⁶⁰ С этой позицией согласны все мазхабы. Ibid.

⁶¹ Al-Haytamī, *Tuḥfat al-muḥtāj*, 7:59.

⁶² Обзор правовой концепции *фард кифāйа* и ее применения см. в Yousef Aly Wahb, "Farḍ Kifāyah: The Principle of Communal Responsibility in Islam," *Yaqeen Institute*, 2021, <https://yaqeeninstitute.ca/yousef-wahb/fard-kifayah-the-principle-of-communal-responsibility-in-islam>.

⁶³ В исламской традиции их называют «ахл ал-ḥалл ва ал-ақд», т. е. люди, обладающие дискреционными политическими и социальными полномочиями по принятию или расторжению пакта. См. al-Haytamī, *Tuḥfat al-muḥtāj*, 531-532.

⁶⁴ Muḥammad al-Mukhtār Shinqīṭi. *Mawāhib al-jalīl min adillat Khalīl* (Beirut: Dār al-Kutub al-ʿIlmiyah, 2004), 3:210.

⁶⁵ О признании шафиитами судей, назначаемых общиной, см. al-Haytamī. *Tuḥfat al-muḥtāj*, 7:531-532. О разрешении ханбалитами сооб-

Некоторые из этих юридических постановлений появились во время экспансии немусульманских властей на мусульманские земли. Например, живший в XV веке ханафитский юрист Ибн аль-Хумам утверждал, что мусульманские общины, проживающие в Кордове, Валенсии и некоторых частях Эфиопии, там, где власть перешла к немусульманам, должны по возможности назначать правителя и судью⁶⁶. Судьи, назначаемые общинами, также упоминал в XVI веке аль-Ваншариси в книге «*Ал-Мий'ār ал-Му'риб*», в которой приводятся многочисленные мнения маликитских юристов, описывающих методы, с помощью которых община может самостоятельно действовать, будучи в ситуации меньшинства, в отсутствие мусульманских судебных органов. Одно из первых прямых упоминаний о мусульманских меньшинствах было сделано ханафитским юристом XIX века Ибн Абидином: «В странах с немусульманскими властями мусульманам разрешено совершать коллективные молитвы и отмечать праздничные дни... назначение судьи будет законным только с одобрения мусульманской общины»⁶⁷. Он добавил, что мусульманам следует обратиться за содействием в этом к властям данных земель.

Недавняя история индийских мусульман также свидетельствует о развитии дискурса о доступе к правосудию в условиях британской колонии. Индийский ученый XX века Ашраф Таханави признавал крайнюю трудность применения исламского семейного права в соответствии со всеми постановлениями ханафитской школы, самой доминирующей школы на субконтиненте, находясь под жестким британским правлением. В своей книге «*Ал-хила ан-наджиза*» он обсуждал законные способы, которыми мусульманские женщины могут получить развод в сложных ситуациях, когда мужья не дают на это согласия⁶⁸. Его научная деятельность считается частью долгой борьбы индийских мусульман против англо-мусульманского зако-

шеству подтверждать юридические решения см. Abū Ya'lā al-Farrā. *al-Aḥkām al-sultāniyya*, ed Muḥammad al-Fiḳī, 2nd ed. (Beirut: Dar al-Kutub al-'Ilmiyyah, 2000), 73.

⁶⁶ Al-Kamāl ibn al-Humām. *Sharḥ faṭḥ al-qadīr*, ed 'Abdulrāziq al-Mahdī, 1st ed., 10 vols. (Beirut: Dār al-Kutub al-'Ilmiyyah, 2003), 7:246.

⁶⁷ Ibn 'Ābidīn, *Radd al-muḥtār*, 8:43.

⁶⁸ Для исследования исторической и правовой подоплеки этого вопроса в Индии см. Rohit De, "The Two Husbands of Vera Tiscenko: Apostasy, Conversion, and Divorce in Late Colonial India," *Law and History Review* 28, no. 4 (2010): 1012–1020.

нодательства, разработанного британцами для обращения со своими мусульманскими подданными⁶⁹.

Исламские законы о разрешении споров

Среди множества моделей альтернативного разрешения споров (АРС) в классическом исламском праве три имеют отношение к семейным вопросам в Северной Америке: судебное решение под руководством сообщества (*қада ал-дарұра*), частное урегулирование (*сулх*)⁷⁰ и арбитраж (*таҳкīm*)⁷¹. Первая модель регулирует деятельность судей, назначаемых сообществом, в качестве временной альтернативы отсутствию официальных судей. Ключевым критерием принадлежности первоначального или альтернативного судебного органа к мусульманской вере, являясь консенсус в классическом исламском праве.

Вторая модель, *сулх*, поощряется Кораном и Сунной как средство разрешения споров между сторонами. *Сулх* в широком смысле определяется как метод, включающий посредничество, переговоры и примирительную процедуру: «урегулирование, основанное на компромиссе, достигнутом самими спорящими сторонами или с помощью третьей стороны»⁷². Поскольку *сулх* влечет за собой отказ от прав или компромисс с ними, он может применяться только к сфере «прав людей», в отличие от не подлежащих обсуждению «прав Бога» (т. е. ритуальных действий и некоторых предписанных наказаний). В контексте супружеских разногласий Коран, увещевая пары, заявляет, что «*сулх* — лучшее»⁷³.

Исламская концепция отправления правосудия в обществе поощряет людей искать *сулх*, а не заниматься публичными

⁶⁹ Emon, “Islamic Law and the Canadian Mosaic,” 402–410 (описывает принятие в Великобритании Закона о применении мусульманского личного права (шариата) (1937 г.) как неудачную попытку согласовать исламское право и различные методологии его школ).

⁷⁰ Лингвистическое значение слова «*сулх*» означает прекращение спора. Юридическое значение заключается в прекращении спора путем заключения договора.

⁷¹ Лингвистическое значение слова «*таҳкīm*» означает назначение третьей стороны и предоставление ей полномочий принимать решение по какому-либо вопросу.

⁷² Aida Othman, “‘And Amicable Settlement Is Best’: Sulh and Dispute Resolution in Islamic Law,” *Arab Law Quarterly* 21, no.1 (2007): 68.

⁷³ Коран 4:128.

разбирательствами⁷⁴. Судьям рекомендуется отстраниться от своих судебных обязанностей, приказывая участникам спора сначала попытаться совершить *сулх*⁷⁵. Развитие классических законов *сулх* распространилось на раннюю кодификацию в XVI веке, османский «Маджалла» в XIX веке⁷⁶ и малайзийский «Шариатский закон о гражданском судопроизводстве» 2011 года, предписывали сторонам совершить попытку *сулх* с участием квалифицированных должностных лиц, прежде чем обращаться в суд⁷⁷.

Мусульманские юристы подразделяют *сулх* на различные виды урегулирования в зависимости от характера спора и отношений между сторонами. Эти категории включают следующие соглашения: между мусульманским и немусульманским государствами (т. е. международные договоры, перемирия и амнистии для участников военных действий и военнопленных); между сторонами спора по вопросам собственности, компенсации ущерба, бизнеса или финансовых соглашений; между мужем и женой по поводу развода и его урегулирования. Супружеские пары, как правило, обладают неотъемлемыми полномочиями в отношении расторжения брака без необходимости судебного признания.

Третья модель разрешения споров в классическом исламском праве — это добровольный арбитраж (*тахкīm*), имеющий обязательную силу. Хотя некоторые мусульманские ученые считают, что примером такой формы разрешения может служить стих Корана 4:35, другие современные практикующие юристы считают, что это означает лишь особую форму назначаемых судом арбитров, которые не заменяют судью при вынесении окончательного обязательного решения⁷⁸. Тем не менее

⁷⁴ Walid Iqbal, "Dialogue and the Practice of Law and Spiritual Values: Courts, Lawyering and ADR: Glimpses into the Islamic Tradition," *Fordham Urban Law Journal* 28, no. 4 (2001): 1036.

⁷⁵ Othman, "And Amicable Settlement Is Best," 73–80.

⁷⁶ «Маджалла» включала две главы, посвященных *сулх* и *ибрā'* (снятию ответственности с других лиц), в которых были сформулированы 47 законодательных и процессуальных пунктов их касающихся.

⁷⁷ Othman, "And Amicable Settlement Is Best," 72.

⁷⁸ Mohammad Salim El-Awa. *Dirasāt fī qānūn al-tahkīm al-miṣrī wal-Muqāran* (Cairo: Arab Centre for Arbitration, 2009), 216–17. Обязательная сила принудительной медиации заключается в окончательном решении судьи, а не в соглашении, достигнутом при содействии посредника, что является еще одним ключевым различием между арбитражем и медиацией. Согласно данной точке зрения, спор о том, являются

все согласны с общепринятой практикой арбитража⁷⁹. Исламское материальное право содержит подробную информацию о темах, которые могут быть предметом арбитражного разбирательства, необходимой квалификации третейских судей, их обязанностях, о прекращении арбитража или мандата третейского судьи, а также о различных средствах правовой защиты. Помимо требования к арбитру быть мусульманином (особенно в семейном арбитраже), большинство этих законов и процедур могут интегрироваться в светские арбитражные схемы, поддерживающие свободу заключения договоров.

Тахкīm — это договор, согласно которому стороны соглашаются проводить арбитражное разбирательство, вместо того, чтобы прибегать к *қадā*, в отношении назначения третейского судьи и процесса начала разбирательства посредством вынесения решения⁸⁰. Таким образом, основными элементами *тахкīm* в исламском праве являются: стороны, третейский судья, письменное или устное согласие на заключение договора, его предмет и арбитражное решение. Что касается предмета спора, большинство юристов ограничивают арбитраж вопросами сделок, которые обычно находятся в сфере частных прав людей⁸¹. Подобно *сулх*, *тахкīm* не подразумевает принятие решения в отношении «прав Бога», особенно в том, что касается штрафов и наказаний. С учетом процедурных различий между мазхабами *тахкīm* допускается в семейных спорах⁸². Полномочия по разрешению религиозного развода без согласия пары являются предметом разногласий среди представителей мазхабов, ограниченных, как правило, спектром полномочий третейских судей, назначенных судом, в их посреднически-арбитражном процессе⁸³. Арбитраж прекращается в результате дисквалифи-

ся ли два представителя семьи со стороны обоих супругов агентами (*вакїлами*) или судьями (*хāкимами*), не относится к сфере арбитража, обсуждаемой в данной статье.

⁷⁹ Ibid., 219–20.

⁸⁰ Mahdi Zahraa & Nora Hak, “Taḥkīm (Arbitration) in Islamic Law within the Context of Family Disputes,” *Arab Law Quarterly* 20, no. 1 (2006): 11.

⁸¹ Ibid., 27–29.

⁸² Ibid.

⁸³ Юристы расходятся во мнениях относительно того, может ли арбитр взять на себя полномочия *қадї* и разрешить развод. Маликиты, меньшинство среди шафиитов, и одно мнение ханбалитов предоставляет арбитрам право разводить пару без согласия супругов. Однако ханафиты, а также шафииты и ханбалиты считают двух арбитров (в случае назначения судом) лишь представителями спорящих сторон и,

кации или отзыва третейского судьи(судий), отзыва согласия любой из сторон, утраты правоспособности одной из сторон или оглашения решения⁸⁴. В случае наличия более чем одного третейского судьи требуется их единогласное мнение по вынесенному решению.

Исламское право ограничивает власть суда по пересмотру арбитражных решений. Исполнение решения считается бесспорным при соблюдении определенных условий: 1) оно вынесено квалифицированным третейским судьей, 2) в отношении действительного предмета *тахкīm*, 3) в соответствии с принципами исламского права и 4) при неизменном согласии сторон на протяжении всего процесса⁸⁵. Современные правовые системы в мусульманском мире регулируют арбитражные процессы в свете вышеупомянутых норм классического исламского права, свободы заключения договоров и содействия заключению обязательных соглашений вне суда по разумной цене и своевременно⁸⁶.

СОВРЕМЕННАЯ ИСЛАМСКАЯ ЮРИСПРУДЕНЦИЯ ПО СЕМЕЙНЫМ ВОПРОСАМ МУСУЛЬМАНСКОГО МЕНЬШИНСТВА

В отсутствие действующей исламской системы различные правовые доктрины позволяют сообществу либо признавать временных судей, либо заменять их. Однако вопрос о вероисповедании судьи остается неоднозначным моментом в оспариваемом простом бракоразводном процессе, инициированном женой. Столкновение с богословскими, правовыми и социальными трудностями при попытке согласовать религиозные обязательства в рамках двух независимых правовых структур (исламской и светской) привело к появлению направления «*Фикх*

следовательно, не имеющими полномочий разводить их без их согласия. Ibid., 35–38.

⁸⁴ Ibid., 38–41.

⁸⁵ Ibid., 30–31. До вынесения арбитражного решения стороны могут отозвать или отстранить арбитра(ов). Некоторые юристы приостанавливают право на отзыв после начала арбитражного процесса.

⁸⁶ Подробную информацию о развитии современного арбитражного права в мусульманских странах см. Al-Awa, *Dirasāt fī qānūn al-tahkīm*, 311–356.

меньшинств» (*фиqh ал-акаллийāt*)⁸⁷ в 1990-х годах⁸⁸. Обычно в нем рассматриваются вопросы, связанные с браком, разводом, питанием, одеждой, политической деятельностью и финансовыми операциями, что способствует бесконфликтному применению шариата в таких делах, которые касаются отдельной личности⁸⁹. Однако *фиqh ал-акаллийāt* в основном опирается на правовую практику, которую можно охарактеризовать как «исключение из правил», поскольку она опирается на неустоявшееся определение «мусульманского меньшинства» и юридические принципы, действующие в рамках временной необходимости.

Чтобы отразить современные проблемы диаспоры в традиционном исламском праве, юридическая аргументация *фиqh ал-акаллийāt* в первую очередь касается того, чтобы очертить рамки «мусульманского меньшинства». Данный термин восходит к появлению мусульманских общин в Европе после падения исламской Испании в 1492 году⁹⁰ и распространяется на современные условия существования мусульманских сообществ по всей Северной Америке⁹¹. Однако до XX века это понятие широко не использовалось мусульманскими юристами, историками, богословами и даже политологами⁹². Сегодня этот термин все еще не получил четкого описания вне рамок определения «религиозного меньшинства» в международном праве⁹³. Вместо этого его обычно относят к социально-правовому статусу мусульман, живущих в обществе, управляемом немусульманскими политическими и правовыми системами. Эта

⁸⁷ См. ‘Abdullah ibn Bayyah. *Ṣinā‘at al-fatwā wa-fiqh al-aqallīyyāt* (Rabat: Markaz al-Dirāsāt wa-al-Abḥāth wa-l-ḥyā’ al-Turāth, al-Rābiṭah al-Muḥammadiyyah lil-‘Ulamā’, 2012).

⁸⁸ См. Andrew March. “Are Secularism and Neutrality Attractive to Religious Minorities? Islamic Discussions of Western Secularism in the ‘Jurisprudence of Muslim Minorities’ (*Fiqh Al-Aqallīyyat*) Discourse,” *Condozo Law Review* 30, no. 6 (2009): 2824–2827.

⁸⁹ Zahela Kamarauddin, Umar A. Oseni & Syed Khalid Rashid, “Transformative Accommodation: Towards the Convergence of Shari’ah and Common Law in Muslim Authority Jurisdiction,” *Arab Law Quarterly* 20, no. 3 (2016): 255.

⁹⁰ Amila Buturovic, “European Islam,” в *The Oxford Handbook of Global Religions*, ed. Mark Juergensmeyer (Oxford: Oxford University Press, 2006), 437.

⁹¹ Sherman Jackson, “Islamic Law, Muslims and American Politics,” *Islamic Law and Society* 22, no. 3 (2015): 270–271; Aḥmad Abū Sunnah. *al-‘Urf wal-‘ādah fī ra’y al-fuqahā’* (Cairo: Dār al-Bashā’ir, 2004), 253–254.

⁹² Mahmood Ghazi, “Shari’ah and the Question of Minorities,” *Policy Perspectives* 6, no. 1 (2009): 68.

⁹³ Ibid., 64.

изменчивое по сути понятие часто сбивает с толку смешанный светско-теократический характер большинства современных правовых систем Востока, искусственно создавая различие между мусульманским и исламским государствами.

Исключительность *фиqh ал-акаллийāt* по сравнению с правилами юриспруденции, обеспечивающими решение вопросов жизни в морально чуждом обществе⁹⁴, придают три правовых принципа: (1) традиционная систематика деления мира в соответствии с исламским международным правом⁹⁵; (2) подразумеваемые договорные обязательства и право гражданства при немусульманском управлении; (3) юридические принципы необходимости (*дарūrа*), общественного интереса (*маслаха*) и нужды (*хāджа*). Эти три принципа в совокупности обуславливают постоянное положение мусульман на Западе в условиях неопределенности, что проблематично и противоречит нынешнему акцентированию американских мусульман на принадлежности и политической активности. Таким образом, *фиqh ал-акаллийāt* может не дать практических и последовательных ответов на периодически возникающие актуальные вопросы, не говоря уже о том, чтобы дать представление о будущем мусульман на Западе.

Несмотря на то, что большая часть литературы по *фиqh ал-акаллийāt* адресована западной аудитории, она изначально написана на арабском языке, что иллюстрирует спорное предположение «вклада ученых арабского мира в ущерб повседневной практике и взглядам мусульман, фактически живущих в условиях западного секуляризма»⁹⁶. Такая привилегия провоцирует культурные конфликты среди различных этнических групп, путем усиления определенных позиций в представлениях религиозных лидеров. Несмотря на влияние глобализации на перекрестно опыляющиеся интеллектуальные дискурсы, исламская наука Запада и Ближнего Востока продолжают оставаться конкурирующими за авторитет голосами для мусульманских меньшинств.

Современные фетвы различаются в своих подходах к действительности развода по решению светского суда (т. е. выне-

⁹⁴ March, "Are Secularism and Neutrality Attractive to Religious Minorities?" 2825.

⁹⁵ А) *дār ал-Ислам* (территория ислама), б) *дār ал-сулх* (территория договора) и в) *дār ал-харб* (территория войны).

⁹⁶ March, "Are Secularism and Neutrality Attractive to Religious Minorities?" 2837.

сенного судьей-немусульманином) и оспариваемого мужем. Были проанализированы фетвы, изданные пятнадцатью правительственными и неправительственными организациями по всему миру в период с 2000 по 2021 год⁹⁷. Четырнадцать из пятнадцати фетв однозначно утверждали, что развод по решению суда, полученный женой без устного или письменного подтверждения религиозного развода, предоставленного мужем, не является религиозно обязывающим. Лишь одна фетва придерживалась иного мнения. Во многих фетвах предлагается, чтобы исламские центры и мечети, представленные их имамами, получили религиозно действительное разрешение узаконивать гражданские разводы и некоторые юридические соглашения между членами общины. Хотя все фетвы выступают за разрешение споров через исламские институты или религиозных лидеров, ни одна из них точно не разграничивает сферу религиозных или юридических полномочий, которыми они будут наделены, и не устанавливает процессуальных правил для обеспечения разумной религиозной практики и юридической совместимости. Большинство теологов и учреждений, издающих фетвы, а также многие практикующие североамериканские имамы до сих пор придерживаются мнения, что разводы по решению суда, вынесенные судьями-немусульманами, если их оспаривает муж, не являются обязательными по своей сути⁹⁸.

Руководствуясь доктринами о положении меньшинства, традиционными исключениями из условий назначения судей, обязательными последствиями контрактного права, более широкими концепциями теорий общественного договора и стремлением облегчить доступ к правосудию, современные мусульманские ученые расходятся во мнениях о религиозной легитимности гражданского развода и о том, квалифицируется ли он как «исламский» развод или нет. Несмотря на особое внимание, которое *фикх ал-акаллийāt* уделяет семейному праву, мусульманам Северной Америки предстоит еще многое сделать для преобразования досовременной исламской правовой традиции в действенный свод правил, удовлетворяющий требованиям политического либерализма⁹⁹.

⁹⁷ Относительно обсуждения современных фетв, касающихся светских разводов по решению суда и связанных с этим практик канадских имамов, см. Yousef Aly Wahb, "Validity of Court-ordered Divorces in Modern Fatwas & Family Dispute Resolution as Practiced by Canadian Imams," *Canadian Journal of Law and Society* 38, no. 1 (2023).

⁹⁸ Ibid.

⁹⁹ Fadel, "Political Liberalism," 198.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ: РЕКОМЕНДАЦИИ ПО МЕТОДАМ ИСЛАМСКОГО АЛЬТЕРНАТИВНОГО РАЗРЕШЕНИЯ СПОРОВ (АРС) В СЕВЕРНОЙ АМЕРИКЕ

Три классические исламские модели разрешения споров применимы к различным обстоятельствам, характерным только для мусульманской общины Северной Америки. *Кāḍī ad-ḍarūra* может разрешить случаи *фасх*, чтобы устранить религиозные барьеры для развода мусульманских женщин. Этот шаг «может быть успешным, если одна из заинтересованных сторон отказывается признавать или разрешать спор, и когда существует широкая общественная поддержка одного или нескольких квалифицированных специалистов служить в этом качестве»¹⁰⁰. *Сулх* может быть средством заключения брачных контрактов, включающих *талāқ*, *хул'* и предоставляемые ими льготы (поддержка супруга, алименты на детей, воспитание детей, контакты, раздел имущества и махр).

По сравнению с двумя другими формами разрешения конфликтных ситуаций условия *таḥкīm* легче выполнить, и они несут меньший риск злоупотреблений¹⁰¹. Однако уровень успеха данного метода зависит как от религиозного сообщества, так и от светской правовой системы. Руководствуясь общественной ответственностью, мусульманские ученые должны разработать модель АРС, соответствующую исламскому праву и адаптированную к североамериканскому контексту. С другой стороны, светская правовая система должна обеспечивать исполнение арбитражных решений без ущерба для гражданских прав или нейтралитета государства по отношению к религии.

В нижеприведенной таблице представлены услуги по АРС в семейных вопросах, которые могут быть предложены различными группами мусульманских ученых и практикующих юристов, принимая во внимание как исламские, так и светские процедуры:

¹⁰⁰ Musa Furber, "Alternative Dispute Resolution: Arbitration & Mediation in non-Muslim Regions," *Tabah Analytical Brief* no. 11 (Tabah Foundation, 2011), 8-9.

¹⁰¹ *Ibid.*, 10.

APC методы	Муж согласен на расторжение брака			Муж оспаривает расторжение брака (если усилия посредничества/ третейского судьи не увенчались успехом)
	Исламский	Сулх	Тахким	Назначаемые общиной судьи
Результаты	Секулярный	Посредничество / переговоры	Арбитраж	нет
	Соответствующий исламу Обеспечиваем гражданскими властями Облегчающее следствие	Внутренний контракт/ Соглашение о раздельном проживании	Арбитражное решение	Сообщите жене о ее исламских правах, которые необходимо получить в рамках соответствующей законодательной схемы
	Расторжение исламского брака	Убедить мужа разрешить развод по религиозным причинам (<i>талāқ</i>) или дать на него согласие (<i>хул'</i>)		После провозглашения гражданского развода, на слушании будет принято решение о признании жены недействительной по религиозным причинам (<i>фасх</i>).

Институционализация услуг по альтернативному разрешению семейных споров позволит сторонам расторгнуть брачные отношения комплексно, прибегнув к *талāқ* или *хул'*, а также создать морально и юридически обязательный документ, регулирующий их права и обязанности при раздельном проживании, либо в форме договорного соглашения, либо в форме арбитражного решения, в зависимости от используемой проце-

дуры и применимого законодательства соответствующей юрисдикции. В дополнение к содействию в расторжении брака и получении соответствующей исламским нормам судебной защиты посредством APC процедур, описанных в приведенной выше таблице, стороны также могут обратиться за помощью в составлении брачных контрактов, подлежащих исполнению в гражданском порядке, после вступления в брак в соответствии с исламским правом.

Возможно, самым важным является то, что в случаях, когда мужа несправедливо отказывают в *талāқ* или не дают согласия на *хул'*, институционализация услуг APC поможет удовлетворить насущную потребность в квазисудебных полномочиях по предоставлению *фасх*. Хотя вопросы, связанные с *фасх*, должны рассматриваться судьями, назначаемыми общиной, независимыми от правовой системы и арбитражной схемы, для расследования обвинений и вынесения корректных исламских решений лучше всего подходит целостный орган альтернативного разрешения споров. В некоторых случаях *фасх*, как описано в таблице выше,

жена будет проинформирована о своих правах в соответствии с шариатом и ей будет рекомендовано обратиться в местные судебные органы, чтобы она могла удовлетворить эти права. После рассмотрения дела в суде арбитражный институт может выдать документ, подтверждающий окончательность развода, разъяснив основания для принятия решения и указав на то, что нешариатский суд использовался как средство получения того, что уже было предоставлено шариатом и что женщина может свободно выйти замуж повторно, как только истечет период ожидания. Подобное решение признает верховенство шариата при одновременном уважении местного законодательства¹⁰².

В случае данного сценария привлечение светского суда ограничивается обеспечением прав, которые заранее одобрены исламским законодательством (т. е. исполнение решения, а не его вынесение).

¹⁰² Musa Furber, "Alternative Dispute Resolution: Arbitration & Mediation in non-Muslim Regions," *Tabah Analytical Brief* no. 11 (Tabah Foundation, 2011), 12.

Необходимо принять строгие меры для предотвращения рисков, связанных с проведением неформальных процедур альтернативного разрешения споров неквалифицированными самоназначенными третейскими судьями, процессов, подверженных угрозе продемонстрировать дисбаланс сил, что приведет к конфликту интересов, а также к принятию решений, которым не хватает единообразия, юридической или религиозной силы для принудительного исполнения. Эти меры включают стандартизацию необходимых квалификационных требований, согласно исламу, и юридической подготовки для судей, назначаемых общиной, процедур предоставления *фасх* (включая руководящие принципы относительно допустимых доказательств), а также процедур подачи заявлений, представлений, слушаний и документирования. Предлагаемый нами институт должен обеспечить исламское юридическое и культурное разнообразие в части состава лиц, принимающих решения, а также создать механизмы поддержания административного надзора и борьбы с религиозными и социальными злоупотреблениями. Лица, принимающие решения, могут также выступать в качестве судебных экспертов-свидетелей, отвечая на вопросы, связанные с исламским правом, в научной и культурно приемлемой манере. Таким образом, предлагаемый орган будет способствовать развитию потенциала динамичного исламско-североамериканского семейного APC, функционируя в соответствии с существующей правовой системой и в гармонии с идеалами мультикультурализма.

Три адаптивные структуры — *сулх*, *тахким* и *кадй ад-дарура* — определяют работу мусульманской общины по облегчению расторжения религиозных браков для мусульманских женщин и созданию представительных органов, которые обеспечивают механизмы разрешения споров. Институционализация исламских служб альтернативного разрешения споров может помочь решать проблемы мусульманского сообщества, связанные с религиозным разводом и аннулированием брака, соответствующими исламским нормам дополнительными мерами правовой защиты, а также помочь в составлении добрачных соглашений или соглашений о раздельном проживании, включающих исламские принципы. Разрешение семейных споров посредством религиозного права крайне необходимо для североамериканских мусульман в качестве защиты их религиозных убеждений, семейных ценностей и духовного аспекта устройства своих личных дел.