

Сравнительно-историческая и сравнительно-правовая характеристика исламского уголовного процесса

П. А. Гусенова, Н. Г. Стойко

Санкт-Петербургский государственный университет,
Российская Федерация, 199034, Санкт-Петербург, Университетская наб., 7-9

Для цитирования: Гусенова П. А., Стойко Н. Г. Сравнительно-историческая и сравнительно-правовая характеристика исламского уголовного процесса // Вопросы теологии. 2020. Т. 2, № 4. С. 550–566. <https://doi.org/10.21638/spbu28.2020.402>

При анализе и характеристике современных форм уголовного процесса принято использовать сравнительно-правовые типологии. В рамках сравнительно-правового подхода уголовный процесс традиционно подразделяется на следственный и состязательный. Каждый из этих типов характеризуется определенным спектром идеальных признаков, противопоставленных друг другу и встроенных в более широкую типологию правовых семей. В статье ставится вопрос о существовании третьей универсальной модели уголовного процесса, в качестве которой рассматривается уголовный процесс стран исламского правления (исламский). Сделан вывод о том, что по своему техническому построению (на уровне его процессуальной формы) исламский уголовный процесс принадлежит к следственному типу. Однако если рассматривать исламский уголовный процесс с точки зрения его процессуального содержания, имеющего религиозно-правовое объяснение, то он, несомненно, обладает спецификой, позволяющей говорить о нем как о самостоятельном идеальном типе (универсальной модели). Об этом свидетельствуют три признака: верховенство Корана и Сунны над законодательством и прецедентом; приоритет иджмы (единогласного мнения мусульманских ученых-правоведов) над законом (его процессуально и материально-правовыми положениями) и судебными решениями (прецедентом); осуществление правосудия только кади (судьей, который в силу религиозного долга подчиняет себе всех участников уголовного процесса и несет ответственность за его ход и результат).

Ключевые слова: исламский уголовный процесс, иджма, Коран, типология, кади, правосудие.

Исламский уголовный процесс не совсем укладывается в существующие научные деления (исторические и сравнительно-правовые типизации) национальных видов производства по уголовным делам¹. Длительное

¹ Анализ научных делений уголовного процесса и рассмотрение мусульманского судопроизводства в их контексте в настоящей работе основаны на монографии Н. Г. Стойко и диссертации П. А. Гусеновой: *Стойко Н. Г. Уголовный процесс западных государств*

- © Санкт-Петербургский государственный университет, 2020
- © Общецерковная аспирантура и докторантура им. святых равноапостольных Кирилла и Мефодия, 2020

время в целях типизации уголовного процесса использовался критерий разделения и взаимосвязи функций обвинения, защиты и правосудия². Руководствуясь данным критерием, большинство ученых XIX в. делили уголовный процесс на разыскной, состязательный и смешанный³. Так, германский и российский уголовный процесс начала XIX в. характеризовали как разыскной, французский — как смешанный, а английский (англо-американский) — как состязательный. Позднее, по причине отказа от чисто разыскных форм уголовного судопроизводства в большинстве стран континентальной Европы, возникло другое деление: состязательный (английский) и смешанный (германский, российский, французский)⁴. Причем в качестве классически смешанного рассматривался французский уголовный процесс в том виде, в котором он был урегулирован Кодексом Наполеона 1808 г. Его считали смешанным, так как он включал в себя и типично разыскное предварительное производство (тайна расследования, письменность, безоговорочное подчинение официальному началу, полное игнорирование интересов подозреваемых или обвиняемых), и состязательное судебное разбирательство (устность, гласность, следственная активность суда)⁵.

Мусульманский уголовный процесс начала XIX в. в рамках данной типизации не рассматривался. Причина состояла не столько в его религиозной природе или правовой отсталости, которые требовали обращать внимание исследователей на другие аспекты этого вида судопроизводства, сколько в том, что в мусульманской доктрине (фикхе) практически не уделялось внимания досудебному производству, а судебное производство не было детально разработано. Тем не менее на уровне теоретического сравнения исламский судебный процесс явно демонстрирует сходство с французским (наличие равных сторон, устность, гласность, презумпция невиновности и активный суд). Досудебного же производства французского

и России: сравнительное теоретико-правовое исследование англо-американской и романо-германской правовых систем. СПб.: Изд. дом Санкт-Петербургского государственного университета, 2006. С. 22–39; *Гусенова П. А.* Исламский уголовный процесс: религиозно-правовая природа и характерные черты (на примере Исламской Республики Иран и Королевства Саудовская Аравия): дис. ... канд. юрид. наук. СПб.: СПбГУ, 2017. URL: https://disser.spbu.ru/files/2016/gusenova_disser.PDF (дата обращения: 03.08.2020).

² См., напр.: *Чельцов-Бebutov М. А.* Курс уголовного судопроизводства: очерки по истории суда и уголовного процесса в рабовладельческих, феодальных и буржуазных государствах. СПб.: Равенна, Альфа, 1995. С. 22.

³ См., напр.: *Случевский В. К.* Учебник русского уголовного процесса: в 2 т. Т. 2. СПб.: Тип. Стасюлевича, 1892. С. 23; *Фойницкий И. Я.* Курс уголовного судопроизводства: в 2 т. Т. 1. СПб.: Альфа, 1996. С. 60–61; *Esmein A. A.* History of Continental Criminal Procedure. Boston: Little, Brown and Company, 1913. P. 69–70.

⁴ См. об этом: *Гуценко К. Ф., Головки Л. В., Филимонов Б. А.* Уголовный процесс западных государств. М.: Зерцало, 2002. С. 23.

⁵ См., напр.: *Строгович М. С.* Уголовный процесс. М.: Юрид. изд-во МЮ СССР, 1946. С. 8; и др.

типа с точки зрения официальной доктрины в исламском процессе быть не могло (хотя это и не совсем так)⁶.

В конце XIX в. ряд ученых, оценив дальнейшее развитие уголовного процесса современных для них государств, пришли к выводу, что чисто разыскного или чисто состязательного судопроизводства не существует. Есть лишь соединение в одном процессе элементов этих чистых форм: состязательного и разыскного порядка; самостоятельности обвинительной власти и судебного контроля над ней; устности и письменности; гласности и негласности; суда с участием и без участия народного элемента⁷. Данный вывод вполне можно распространить и на мусульманские государства, активно заимствовавшие в XIX в. западные образцы.

Под таким углом зрения (смешанным), очевидно, следует рассматривать и традиционное исламское судопроизводство, в котором процессуальное равенство сторон (и некоторые другие элементы состязательности) сочетаются с религиозным неравенством в доказывании (мусульманин — немусульманин, мужчина — женщина) и следственной активностью судьи⁸.

Подобная постановка вопроса сразу же с неизбежностью приводит к выводу о том, что смешанная форма является типичной характеристикой каждой национальной формы процесса⁹. Однако при этом различие национальных форм уголовного процесса стран общего и континентального права (и мусульманского права) как разнотипных оказывалось невозможным и потому потребовало иных критериев. Выбор критериев и соответствующая им типологизация осуществлялись в рамках двух подходов: сравнительно-исторического и сравнительно-правового¹⁰.

В сравнительно-историческом подходе предлагалось делить уголовный процесс по этапам его исторического развития на частно-обвинительный (активные стороны и нейтральный пассивный судья), разыскной (активный суд, обвинитель — доноситель, обвиняемый — объект исследования для суда, тайное письменное производство, допустимость пытки, формализм и мелочность правил), состязательный, или смешанный (со-

⁶ См. подробнее: *Стойко Н. Г., Гусенова П. А.* Особенности исламского порядка уголовного судопроизводства // Правоведение. 2014. № 2 (313). С. 206–207; *Исламское уголовное право и процесс / под ред. И. Ю. Козлихина, Н. Г. Стойко.* СПб.: Изд-во Санкт-Петербургского государственного университета, 2018. С. 108.

⁷ См., напр.: *Полянский Н. Н.* Вопросы теории советского уголовного процесса. М.: Изд-во Московского государственного университета, 1956. С. 37.

⁸ См. об этом: *Haleem A. M., Sharif A. O., Daniels K.* Criminal Justice in Islam: Judicial Procedure in the Shariah. London: I. B. Tauris, 2003. P. 3–16; *Terril R. J.* World Criminal Justice Systems: a survey. Atlanta: Matthew Bender & Company, Inc., a member of the Lexis Nexis Group New Providence, 2009. P. 597; *Shahidullah Sh. M.* Comparative criminal justice systems: Global and local perspectives. North Carolina: Jones & Bartlett Learning, 2014. P. 364–365.

⁹ Данный вывод не вступает в противоречие с характеристикой исламского уголовного процесса как однотипного (в своей неизменяемой религиозно-правовой основе) для мусульманских стран.

¹⁰ См. об этом: *Стойко Н. Г.* Уголовный процесс западных государств и России. С. 21–33.

четание разыскных и состязательных начал)¹¹. Вместе с тем такое деление вступает в явное противоречие с позицией некоторых ученых, на чьих взглядах оно было основано.

Так, в английской юридической литературе XIX в. уголовный процесс рассматривали как частный спор двух сторон — государства (обвинитель) и гражданина (обвиняемый), — разрешаемый судом-посредником¹². Принципиально эта позиция не изменилась и к настоящему времени. Как и раньше, английский суд считается посредником и не выступает ни от имени, ни на стороне государства, являющегося лишь только одним из субъектов права¹³.

Французская процессуальная мысль XIX в., ориентированная вначале на заимствование английского образца, всегда исходила из признания равной общественной значимости интересов государства и обвиняемого. Именно по этой причине возникает необходимость в их согласовании, которое должно осуществляться путем подчинения процессуальных правил производства по делу единой цели — достижению истины (чтобы действительно виновный человек не мог избежать наказания или отдалить его)¹⁴. Развитие данных положений в XX в. привело французскую теорию к выводу, что уголовный процесс в действительности не представляет собой состязания сторон, а является совместной деятельностью судьи, прокурора и адвоката по решению возникающих по делу правовых вопросов¹⁵.

Подобно французским коллегам, некоторые немецкие процессуалисты XIX в. также стремились подражать английской состязательной конструкции, рассматривая в качестве движущей силы процесса активность равноправных сторон. В то же время другие ученые считали, что суд не может быть зависим от произвола сторон, а состязательность есть лишь внешняя форма публично-правовой деятельности всех государственных органов, включая суд, который выполняет служебный долг и преследует общую с обвиняемым цель. Позднее (уже в XX в.) немецкая теория стала полностью отрицать традиционные (в англосаксонском смысле) понятия «стороны» и «состязательность». В результате германский уголовный процесс был отнесен к особому обвинительно-следственному типу, судебное разбирательство в котором возможно лишь на основе возбужденного прокуратурой публичного обвинения и осуществляется судом самостоятельно и независимо от участников производства по делу¹⁶. Впрочем, в начале

¹¹ См. подробнее: *Чельцов-Бebutov M. A.* Курс уголовного судопроизводства. С. 21.

¹² См., напр.: *Stephen J. F.* A general view of the criminal law. London: Macmillan, 1863. P. 197.

¹³ См., напр.: *Zander M.* A matter of justice. The legal system in ferment. New York: New York University Press, 1989. P. 140; *Романов А. К.* Правовая система Англии. М.: Дело, 2002. С. 79–80, 231.

¹⁴ См. подробнее: *Чельцов-Бebutov M. A.* Курс уголовного судопроизводства. С. 582–586.

¹⁵ См. об этом: *Гуценко К. Ф., Головки Л. В., Филимонов Б. А.* Уголовный процесс западных государств. С. 311.

¹⁶ Там же. С. 402–410.

XXI в. немецкие процессуалисты стали подчеркнуто уважительно относиться к роли защитника в суде (замечая при этом, что следственная активность суда теоретически делает защиту излишней)¹⁷.

Мусульманский уголовный процесс может быть охарактеризован в чертах, вытекающих из принципов ислама и тем самым определяющих однотипность (и неизменность) этой формы судопроизводства¹⁸. Речь идет о так называемых *коранических принципах*, т. е. положениях, имеющих непосредственное кораническое значение (непосредственно применимых), а не только объясняющих, как осуществляется исламское уголовное правосудие. На наш взгляд, нужно выделить четыре таких принципа.

Первый принцип может быть назван принципом возложения уголовной ответственности по справедливости и защиты от несправедливой уголовной ответственности, или принципом индивидуальной ответственности за совершение преступлений¹⁹. По мнению ряда современных правоведов, ислам провозглашает пять основных прав члена мусульманского сообщества²⁰ и тем самым в силу своего духовного авторитета гарантирует каждому защиту (предотвращает) от необоснованного ограничения либо нарушения этих прав государством; речь идет о правах на: 1) религию, 2) жизнь, 3) мнение, 4) потомство, 5) собственность²¹.

Считается, что защита этих прав, за каждым из которых стоят охраняемые мусульманским правом духовные интересы, позволяет человеку жить своей жизнью и с достоинством. По сути, имеется в виду своеобразное позитивное дозволение, вытекающее из согласованной с религиозным законом правовой договоренности с государством. Однако соблюдение такой договоренности с государством возможно лишь тогда, когда человек несет индивидуальную ответственность за свои действия (бездействие). Об этом недвусмысленно свидетельствует Коран: «Скажи: Неужели я стану искать другого господа помимо Аллаха, в то время как Он является Господом всякой вещи? Каждая душа приобретает грехи только во вред самой себе. Ни одна душа не понесет чужого бремени. Затем вам предстоит

¹⁷ См., напр.: *Лилие Х.* Состязательный и инквизиционный уголовный процесс — немецкий уголовный процесс как промежуточная модель // Предварительное расследование в уголовном процессе стран Центральной Азии: между инквизиционной и состязательной моделью / под общ. ред. Ф.-К. Шредера и М. Кудратова. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2012. С. 119–120.

¹⁸ См. подробнее: *Боронбеков С.* Основные ценности ислама — объекты охраны шариата // Государство и право. 2003. № 2. С. 92; *Kamali M. H.* Principles of Islamic Jurisprudence, the Islamic texts society. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. P. 228–264.

¹⁹ См., напр.: *Haleem A. M., Sharif A. O., Daniels K.* Criminal Justice in Islam. P. 3–16.

²⁰ См., напр.: *Мехду С.* Мусульманское право и политика. М.: Книга по требованию, 2013. С. 33; *Bahmassi A. F.* Criminal responsibility in Islamic law. In the Islamic criminal justice system. London, New York: Oceana, 1982. P. 171–193.

²¹ См., напр.: *Kamali M. H.* Principles of Islamic Jurisprudence. P. 228–264; *Terril R. J.* World Criminal Justice Systems. P. 623.

вернуться к вашему Господу, и Он поведает вам о том, в чем вы расходились во мнениях»²².

Второй принцип исламского уголовного правосудия — принцип законности. Хотя теоретически в исламском праве его рассматривают как единый принцип, на самом деле он имеет две четко выраженных стороны, затрагивающих материально-правовые и процессуально-правовые аспекты правосудия²³.

Материально-правовая сторона законности уголовного правосудия касается вопросов преступления и наказания и может быть выражена как принцип предустановленности законом деяний, которые считаются преступлениями, и наказаний, которые могут быть назначены за них.

Во всем Коране существует бесчисленное множество примеров Божьего отказа от наказания, пока Он впервые не объявил через посланников, что конкретное поведение было неправильным²⁴. Так, в Коране сказано: «Кто следует прямым путем, тот поступает во благо себе. А кто впадает в заблуждение, тот поступает во вред себе. Ни одна душа не понесет чужого бремени. Мы никогда не наказывали людей, не отправив к ним посланника»²⁵.

Кроме того, лицо не может быть наказано за деяния, которые не были преступными (объявлены таковыми посланниками Аллаха) на момент их совершения²⁶. Коран гласит: «Мы отправили посланников, которые несли благую весть и предостерегали, дабы после пришествия посланников у людей не было никакого довода против Аллаха. Аллах — Могущественный, Мудрый»²⁷.

Иначе говоря, в соответствии с приведенными положениями Корана никто не может быть обвинен в преступлении и понести наказание, если это прямо не установлено в законе.

Такой подход к определению принципа законности (его материально-правовой стороны) в настоящее время признается всеми правовыми системами мира без исключения. Разумеется, в исламском религиозном контексте данный принцип звучит несколько специфично: силу закона имеют только те преступления и наказания, которые прямо цитируются Богом-законодателем или установлены законодательным органом мусульманской страны сообразно шариатскому праву (не в противоречии с ним).

Процессуально-правовая сторона законности уголовного правосудия может быть выражена как принцип защиты личности от произвольного,

²² Кулиев Э. Коран. Перевод смыслов и комментарии. М.: Эксмо, 2012. Сура 6, аят 164.

²³ См. подробнее: *Dammer H.R., Albanese J.S. Comparative criminal justice system.* Belmont: Wadsworth, 2011. P. 55–56.

²⁴ См. подробнее: *Glenn H.P. Legal traditions of the world: sustainable diversity in law.* Oxford: Oxford University Press, 2000. P. 65.

²⁵ Кулиев Э. Коран. Перевод смыслов и комментарии. Сура 17, аят 15.

²⁶ См. подробнее: *Terril R. J. World Criminal Justice Systems.* P. 624.

²⁷ Кулиев Э. Коран. Перевод смыслов и комментарии. Сура 4, аят 165.

несправедливого и дискриминационного ограничения их прав со стороны государства. В Коране сказано: «Пусть люди Писания судят согласно тому, что Аллах ниспослал в нем. Те же, которые не принимают решений в соответствии с тем, что ниспослал Аллах, являются нечестивцами»²⁸. Это значит, что недопустимо инициировать судебное дело без наличия законных оснований, наказывать людей за неустановленные судом преступления или применять к человеку, обвиняемому в совершении преступления (как в ходе, так по результатам рассмотрения дела), необоснованные или не установленные законом санкции. Отсюда запрет пыток, произвольных обысков, арестов и иных незаконных действий.

Хотя мусульманское право признает широкое судебское усмотрение по определенной категории уголовных дел (тазир)²⁹, налагаемые судом санкции за преступления всегда должны основываться на Коране или соответствующем ему светском законодательстве.

Очевидно, что процессуально-правовая сторона принципа законности правосудия (как и его материально-правовая) трактуется практически одинаково и признается во всех странах мира. Более того, общеизвестным считается то, что связанный с действием данного принципа запрет пыток был присущ мусульманскому праву изначально и практиковался в те времена, когда в странах Запада (в том числе в России) его не существовало.

Вместе с тем исламский принцип законности имеет еще одно специфическое выражение, явно отличающее его от принципа законности в немусульманских странах. Речь идет о верховенстве Корана и Сунны — первоисточников мусульманского права, которым должны подчиняться и соответствовать не только нормативно-правовые акты, принимаемые законодательным органом исламского государства, но и конкретные судебные решения.

Так, ст. 4 Конституции Ирана закрепила норму о том, что все гражданские, уголовные, финансовые, экономические, административные, культурные, военные, политические и другие законы и уставы должны быть основаны на исламских нормах³⁰. Статья 46 Основного низама Королевства Саудовская Аравия регламентирует, что при осуществлении судопроизводства суды руководствуются исключительно исламским шариатом³¹.

Иначе говоря, нормы шариата имеют прямое действие. В тех случаях, когда невозможно решить определенный правовой казус нормами шариата, возможно обращение к мусульманским ученым-богословам для разрешения этого вопроса на основе их единодушного согласия (иджмы),

²⁸ Там же. Сура 5, аят 47.

²⁹ См. подробнее: *Dammer H. R., Albanese J. S. Comparative criminal justice system.* P. 56.

³⁰ Конституции государств Азии: в 3 т. Т. 1: Западная Азия / под ред. Т. Я. Хабриевой. М.: Норма, 2010. С. 242; *Гусенова П. А. Общая характеристика судебной системы Исламской республики Иран // Вестник Санкт-Петербургского университета. Право.* 2016. № 2. С. 85–93.

³¹ Конституции государств Азии. Т. 1. С. 497.

которое доводится до сведения суда путем издания обязательных для исполнения фетв³².

Следовательно, принцип законности исламского уголовного процесса может быть определен так:

- Коран и Сунна имеют приоритет над всеми иными источниками уголовно-процессуального права, включая законодательство; если закон или иной источник права вступает в противоречие с Кораном и Сунной, то применению подлежат Коран и Сунна;
- в случае отсутствия в Коране и Сунне конкретных предписаний, на основе которых можно однозначно разрешить противоречие, оно разрешается с помощью единогласного мнения мусульманских ученых-правоведов.

Третий принцип уголовного правосудия — это принцип недопустимости обратной силы уголовного закона. По своей сути он близок принципу законности (его материально-правовой стороне) и тесно связан с ним. Его выделение в качестве самостоятельного определяется спецификой его религиозного происхождения и той сферой общественных отношений, на которую он распространял свое действие. Запрет обратной силы уголовного закона в мусульманском сообществе предназначен для защиты человека, который стал недавним приверженцем ислама и еще не познал закон³³. В Коране этот запрет сформулирован, например, в виде положений, касающихся вопросов брака и ростовщичества: «Не женитесь на женщинах, на которых были женаты ваши отцы, если только это не произошло прежде. Воистину, это является мерзким и ненавистным поступком и скверным путем»³⁴; «Аллах уничтожает лихву и приумножает пожертвования. Аллах не любит всяких неблагодарных (или неверующих) грешников»³⁵.

Еще более ярко особая направленность действия этого принципа проявляется в отношении таких тяжких с точки зрения ислама преступлений, как прелюбодеяние и распитие алкогольных напитков. Подобное поведение не являлось преступным в доисламский период и потому требовало снисхождения к арабам, в массовом порядке принявшим новую веру и еще только начинающим познавать закон³⁶.

Иначе говоря, несоблюдение специфически мусульманского уголовно-правового запрета до принятия ислама по принципу не может рассматриваться как преступление после принятия ислама.

В настоящее время принцип недопустимости обратной силы уголовного закона (при сохранении прежней защитной направленности) в му-

³² Фетва — это решения или мнения отдельных ученых-богословов по правовым вопросам. Основой для издания фетвы являются Коран и Сунна.

³³ См. подробнее: *Kamali M. H. Principles of Islamic Jurisprudence...* P. 230; *Hallaq W. B. An introduction to Islamic law.* New York: Cambridge University Press, 2009. P. 93.

³⁴ Кулиев Э. Коран. Перевод смыслов и комментарии. Сура 4, аят 22.

³⁵ Там же. Сура 2, аят 276.

³⁶ См. подробнее: *Terril R. J. World Criminal Justice Systems.* P. 625.

сульманских странах рассматривается в качестве одной из фундаментальных гарантий защиты граждан от злоупотреблений государственных властей (в соответствии с общей для всех стран мира правовой традицией) и в этом смысле имеет процессуальное значение.

Четвертый принцип уголовного правосудия, являющийся, на наш взгляд, кораническим, — это принцип кади, или принцип законного судьи³⁷. Он очень важен для понимания природы исламского правосудия вообще и уголовного правосудия в частности, поскольку сегодня данный принцип в наибольшей степени проявляется именно в этой сфере.

С точки зрения ислама кади — не просто судья, осуществляющий судебное разбирательство дел, а доверенное лицо Бога на земле, имеющее особое предназначение вершить правосудие, завещанное ему (переданное) Пророком и его потомками (первыми земными судьями). Подобно Пророку, кади обязан судить так, как показал Аллах. В этом смысле кади — знающий человек, не только изучивший вопросы мусульманской юриспруденции и богословия (получивший образование), но и познавший закон практически. Лишь такой человек мог принять на себя религиозный долг судейства³⁸ и получить право на иджтихад³⁹ (вынесение самостоятельных решений путем толкования Корана и Сунны, ограниченное необходимостью в определенных случаях обращаться за разъяснениями к знатокам права — муджтахидам⁴⁰). Вот почему решения кади имеют силу авторитета, т. е. воплощают в жизнь принцип авторитета мусульманского права.

С точки зрения шариата кандидат в судьи должен быть мусульманином, получить богословское (духовное) образование, знать предписания мусульманского права и разбираться в доктринальных толкованиях юридических дел. Изначально предполагалось, что кади исполняет свои обязанности бесплатно (ведь это религиозный долг) и потому должен быть достаточно обеспеченным человеком. Однако на практике работа судьи обычно оплачивалась правителем (государем), который долгое время сохранял за собой правомочия высшей судебной инстанции⁴¹.

³⁷ В литературе пишут об институте кади, а не о принципе кади как кораническом принципе. См., например: *Леже Р.* Великие правовые системы современности: сравнительно-правовой подход. М.: Волтерс Клувер, 2010. С. 254.

³⁸ О религиозном долге кади см.: *Марченко М. Н.* Правовые системы современного мира: учеб. пособие. М.: Зерцало-М, 2009. С. 515–517; *Ван ден Берг Л. В. С.* Основные начала мусульманского права согласно учению имамов Абу Ханифы и Шафии. СПб.: Тип. Г. Шахт и К°, 1882. С. 150–156.

³⁹ О понятии иджтихада и использовании его факихами и судьями в целях развития права см.: *Скаун О. Ф.* Общее сравнительное правоведение: основные типы (семьи) правовых систем мира: учебник. Киев: Ін Юре, 2008. С. 311–312; *Козлихин И. Ю.* Мусульманское право // Правоведение. 2011. № 3 (296). С. 256.

⁴⁰ Имеется в виду фетва — правовое заключение по вопросам фикха, которое выносится по связанному с решением конкретного дела запросу судьи или других лиц. См. об этом, напр.: *Ван ден Берг Л. В. С.* Основные начала мусульманского права... С. 150–156.

⁴¹ См. подробнее: *Haleem A. M., Sharif A. O., Daniels K.* Criminal Justice in Islam. P. 7.

Кади разбирал дела по определенным дням, как правило, в помещении, специально отведенном для этих целей (махкаме). Перед каждым разбирательством ему требовалось совершить омовение и молитву в мечети. Имело значение также место, которое занимал кади (в направлении Каабы — лицом к Мекке). Прежде чем начать судебное слушание, кади предлагал сторонам сесть. На протяжении всего судебного разбирательства (вплоть до его завершения) судья должен был демонстрировать свое беспристрастие по отношению к спорящим сторонам (истцу и ответчику), не проявлять предвзятости, не высказывать отношения к делу⁴².

Присутствие истца и ответчика было обязательным. Адвокат отсутствовал. Отличий между рассмотрением гражданских и уголовных дел не существовало. Поэтому вне зависимости от характера спора обе стороны процесса именовались потерпевшими (муддаи). Только после осуждения приговором суда ответчик становился (мог именоваться) виновным. Таким образом, по сути, достигалось соблюдение презумпции невиновности⁴³.

Процедура судебного разбирательства отличалась простотой и оперативностью. Действовали принципы непрерывности, устности и гласности судебного процесса. Отсутствовало письменное делопроизводство и иные формальности. Результат рассмотрения дела целиком и полностью зависел от кади, хотя активность сторон в ходе процесса не отрицалась⁴⁴.

Конечно, с течением времени мусульманское судопроизводство менялось, усложняясь и расширяясь. Если в период первых халифов появились судебные органы во главе с кади, то позднее, по мере совершенствования мусульманского судебного процесса, возник институт адвокатуры и другие юридические институты. Так, были организованы полицейские органы (шурта), которые имели исключительную компетенцию (без необходимости обращения к кади) по вопросам, связанным с обеспечением безопасности людей⁴⁵.

У суда сформировался специализированный аппарат чиновников: проверяющих личность свидетелей (мазакки); ведающих правилами распределения имущества (касима); поддерживающих порядок в зале суда, регистрирующих явку свидетелей и приводящих в исполнение судебные решения (аваны); занимающиеся делами опеки (амина ал-хукма). Кроме того, в аппарат мусульманского суда входили: один или несколько катибов (писцов), бавваб (привратник), расул (посыльный, обеспечивающий до-

⁴² См. подробнее: *Lippman M.* Islamic Criminal Law and Procedure: Religious Fundamentalism v. Modern Law // Boston college international and comparative law review. 1989. Vol. 12, iss. 1. P.29. URL: <http://lawdigitalcommons.bc.edu/iclr/vol12/iss1/3> (дата обращения: 03.08.2020).

⁴³ См. об этом: *Торнау Н.* Мусульманское право. Вып. 1. О праве наследства по закону. СПб.: Типография Второго Отделения Собственной Е. И. В. Канцелярии, 1866. С. 153.

⁴⁴ См. подробнее: *Торнау Н.* Изложение начал мусульманского законовещения. СПб.: Типография Второго Отделения Собственной Е. И. В. Канцелярии, 1850. С. 93.

⁴⁵ См. об этом: *Haleem A. M., Sharif A. O., Daniels K.* Criminal Justice in Islam. P. 9.

ставку в суд ответчика и/или свидетелей)⁴⁶. В результате возникало особое отношение к должности кади⁴⁷, выдвигались особые требования к кандидату на эту должность и процедуре назначения⁴⁸ (во многом отличные от западных и российских).

Разумеется, принцип кади (принцип осуществления правосудия только кади) внешне схож с известным международно признанным принципом осуществления правосудия только судом и даже согласован с ним в современных мусульманских правовых системах. Однако исламская специфика его очевидна:

- только человек, получивший образование в области мусульманской юриспруденции и богословия, познавший законы шариата практически, способен и может быть судьей (кади), т. е. судить так, как показал Аллах;
- будучи удостоен и обременен обязанностью судить, кади несет ответственность за удержание специфически религиозного содержания уголовного процесса на всем его протяжении, включая досудебное производство.

Таким образом, перечисленные выше коранические принципы явно отражают религиозно-правовое содержание исламского уголовного процесса. Все они имеют нормативно-объяснительное значение по отношению к исламской форме уголовного процесса, т. е. не только выступают в роли регуляторов, но и дают религиозно-правовое объяснение построению производства по уголовному делу (указывают на религиозно-правовое происхождение, связь такого построения или его отдельных признаков, черт с религией). Непосредственное значение для специфически исламского построения уголовного процесса имеют два принципа: принцип законности (в аспекте верховенства Корана и Сунны) и принцип кади (законного судьи).

Исламский уголовный процесс можно отнести (в рамках приведенной выше логики) к смешанному (следственно-состязательному) типу (по признакам активных сторон и активного суда)⁴⁹. В этом типе процесса отдается приоритет общественным интересам (согласованным с индивидуальными), подчеркивается высокая следственная активность суда и поддерживаются многие элементы состязательности, включая равенство сторон и состязательный допрос свидетелей. В данном отношении исламский процесс очевидно ближе немецкому и французскому уголовному судопроизводству (в чертах, изложенных соответствующими учеными и приведенных выше).

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ На важность института кади для понимания мусульманского традиционного права в целом обращает внимание Р. Леже: *Леже Р. Великие правовые системы современности*. С. 254.

⁴⁸ См. об этом, напр.: *Козлихин И. Ю. Мусульманское право*. С. 256–257.

⁴⁹ См. подробнее: *Исламское уголовное право и процесс* / под ред. И. Ю. Козлихина, Н. Г. Стойко. С. 152–159.

Известной альтернативой такой классификации было деление уголовного процесса на рабовладельческий, феодальный, буржуазный и социалистический исторические типы, отражающие его поступательное историческое развитие⁵⁰. В логике приведенной типологии мусульманский уголовный процесс относится к феодальному типу судопроизводства, основанному на религиозном принуждении. Однако по некоторым существенным для такого типа признакам мусульманское судопроизводство явно отличается от него (запрет пыток)⁵¹.

Данная типология развита и представлена в целом ряде более современных и менее идеологизированных исторических типизаций, позволяющих осветить историческую процессуальную форму с учетом всей культуры (в широком смысле слова) конкретного общества⁵². В рамки этих типизаций вполне укладывается исламский уголовный процесс как родовая форма смешанного типа, характеризующаяся неразрывным сочетанием религиозной свободы и религиозного принуждения для мусульман, религиозным неравенством мусульман и немусульман и общественным неравенством мужчин и женщин. Вместе с тем при любой попытке отступления от религиозной специфики мусульманский тип процесса оказывается как бы вне соответствующего исторического ряда. Например, это произойдет, если делить исторические формы уголовного процесса по соотношению процессуальных статусов сторон на досудебном и судебном этапах производства на состязательную (равенство статусов на всех этапах), разыскную (неравенство на всех этапах), смешанную (равенство на судебном этапе и неравенство на досудебном этапе)⁵³. Исламский уголовный процесс при таком делении будет относиться к состязательной форме, поскольку предполагает очевидное равенство статусов сторон (по крайней мере, это представляется бесспорным в отношении производства по делам о преступлениях, посягающих на права верующих (категории кияс и дия) и права Бога и людей (категории тазир)). Правда, если проводить историческую типизацию процесса на предельно идеальном уровне, разделяя его на состязательный (наличие двух спорящих противоборствующих сторон, их процессуальное равноправие и арбитражный метод разрешения спора судом) и разыскной (отсутствие сторон, полное слияние функций обвинения, защиты и правосудия в руках одного органа и административный метод правового регулирования)⁵⁴, то можно прийти к прямо противоположному выводу. С точки зрения данной типо-

⁵⁰ См., напр.: *Чельцов-Бebutov M. A.* Курс уголовного судопроизводства. С. 22–24, 156–159, 365–367, 610–614.

⁵¹ См. подробнее: *Исламское уголовное право и процесс* / под ред. И. Ю. Козлихина, Н. Г. Стойко. С. 152–159.

⁵² См. об этом: *Мещеряков Ю. В.* Формы уголовного судопроизводства. Л.: ЛГУ, 1990. С. 20–24.

⁵³ Автором этой весьма интересной в теоретическом плане типизации является С. Д. Шестакова: *Шестакова С. Д.* Состязательность уголовного процесса. СПб.: Юридический центр Пресс, 2001. С. 13, 21–22, 29.

⁵⁴ См. подробнее: *Смирнов А. В.* Состязательный процесс. СПб.: Альфа, 2001. С. 18–27.

логии исламский уголовный процесс следует отнести скорее к разыскному (следственному) типу, как и современное германское или французское судопроизводство (по признаку очевидного отсутствия в них арбитражного метода разрешения правовых споров). Здесь возникает очевидное противоречие между идеальной типологией (хорошо применимой к современным национальным уголовным процессам западного типа) и выделением уголовного процесса мусульманского типа (как одной из самостоятельных исторических форм судопроизводства). В известной мере данное противоречие преодолевается за счет деления уголовного процесса на английскую, германскую, французскую и мусульманскую исторические формы-архетипы, взятые в совокупности тех черт, из которых развились все современные национальные виды процесса в мире западного и исламского права⁵⁵. Однако не совсем ясно, какие имеются при этом черты: те, которые возникли в определенный исторический период, а затем постоянно воспроизводились в ходе исторического развития, или те, которые послужили толчком, основой для исторического развития и не сохранились в неизменном виде. Ответ на этот вопрос для понимания исламского уголовного процесса (и не только) представляется достаточно важным. Тем не менее для изучения исламского уголовного процесса подобная идеализация допустима и полезна, она позволяет говорить о шариатском архетипе (неизменяемой основе) национальных видов судопроизводства мусульманских стран, даже если на легислативном уровне специфические черты данного архетипа растворяются в специфических чертах других архетипов.

Сравнительно-правовые типологии предельно идеализированы и используются для характеристики современных форм уголовного судопроизводства. Традиционно процесс подразделяется на следственный и состязательный. Каждый из них характеризуется определенным набором идеальных признаков, противопоставленных друг другу и как бы встроенных в более широкую типологию правовых семей⁵⁶. К числу таких признаков обычно относят: 1) отсутствие или наличие кодифицированного процессуального законодательства; 2) господство прецедента или закона в правоприменении; 3) приоритет процессуального права над материальным или материального права над процессуальным; 4) использование состязательного или следственного метода; 5) преобладание частноправовых или публично-правовых интересов; 6) распространенность одноранговых или иерархических отношений⁵⁷.

Первые признаки такого деления считаются существенными для состязательного типа уголовного процесса, характерного для англо-американских стран.

⁵⁵ См. подробнее: *Смирнов А. В.* Исторические формы уголовного процесса: учеб. пособие. СПб.: СПбГИЭУ, 2002. С. 61–68.

⁵⁶ На это обращали внимание многие авторы. См., напр.: *Damaska M. R.* Structures of Authority and Comparative Criminal Procedure // *Yale Law Journal*. 1975. No. 84. P. 480; *Стойко Н. Г.* Уголовный процесс западных государств и России. С. 33–34.

⁵⁷ Приводится по: *Стойко Н. Г.* Уголовный процесс западных государств и России. С. 233.

риканской правовой системы (семьи общего права), вторые — для следственного типа, присущего романо-германской правовой системе (семье континентального или гражданского права).

В литературе справедливо отмечается, что некоторые признаки утратили или перестали иметь принципиальное типологическое значение (это касается, по крайней мере, первого, второго и пятого из них)⁵⁸.

Попытаемся использовать приведенные признаки для характеристики исламского уголовного судопроизводства.

Первое противопоставление вообще лишено смысла, поскольку исламское право (при очевидном стремлении большинства мусульманских государств к кодификации) не имеет детального описания своей процессуальной системы ни в кодифицированном, ни в консолидированном виде (вопрос об юридико-техническом оформлении божественных откровений вообще не может быть поставлен). Поэтому для исламского права безразлично, в каких законодательных актах будет урегулирован уголовный процесс. Главное, чтобы эти акты не вступали в противоречие с Кораном и Сунной.

Второе противопоставление не имеет существенного значения, хотя формально исламский уголовный процесс ближе следственному типу, поскольку решение судьи применяется в соответствии с законом (подчинено закону, если он не противоречит Корану и Сунне). В данном отношении нужно говорить скорее о приоритете единогласного мнения ученых-правоведов над законом и судебным решением, которые в равной мере должны следовать такому мнению.

Третье противопоставление выражается в признаке, характерном для следственного типа процесса (служебная роль процессуального права по отношению к материальному достаточно очевидна).

Четвертое противопоставление заключается в предпочтении следственного метода, применение которого не отрицает элементов состязательности.

Пятое противопоставление, хотя и утратило значение, выражено в преобладании публично-правовых интересов.

Шестое противопоставление выражено в признаке следственного процесса. Во всяком случае, подчиненное положение всех участников процесса по отношению к судье определенно вытекает из коранических принципов и характерных черт исламского процесса, рассмотренных нами выше.

Таким образом, вывод о следственном построении исламского уголовного процесса (на уровне идеальной типологии) кажется вполне естественным. В связи с этим в российской юридической литературе высказано мнение о том, что существуют только две формы технического построения уголовного процесса — следственная и состязательная, и никакой исламской по типу формы уголовного судопроизводства нет⁵⁹.

⁵⁸ Там же. С. 233–234. — См. также: Курс уголовного процесса / под ред. Л. В. Головки. М.: Статут, 2016. С. 182–184.

⁵⁹ Это мнение высказано профессором Л. В. Головки, см.: Курс уголовного процесса / под ред. Л. В. Головки. С. 446.

Однако данная точка зрения выглядит бесспорной только на предельно идеализированном уровне или на уровне чисто технических признаков. Если же мы будем учитывать религиозно-правовое содержание (коранические принципы и характерные черты исламского судопроизводства), то несомненным окажется прямо противоположный вывод: типично исламская форма построения процесса есть. Об этом свидетельствуют как минимум три признака, каждый из которых может быть сформулирован в логике противопоставления соответствующим признакам следственного и состязательного процесса (приведенным выше):

- верховенство Корана и Сунны над законодательством и прецедентом;
- приоритет иджмы (единогласного мнения мусульманских ученых-правоведов) над законом (его процессуально и материально-правовыми положениями) и судебными решениями (прецедентом);
- осуществление правосудия только кади (судьей, который в силу религиозного долга подчиняет себе всех участников уголовного процесса и несет ответственность за его ход и результат).

Статья поступила в редакцию 3 августа 2020 г.
Статья рекомендована к печати 24 августа 2020 г.

Информация об авторах:

Гусенова Патимат Арисланалиевна — канд. юрид. наук; ya.pati@yandex.ru
Стойко Николай Геннадьевич — д-р юрид. наук, проф.; nstoiko@mail.ru

The comparative historical and comparative legal characteristics of the Islamic criminal procedure

P. A. Gusenova, N. G. Stoyko

St. Petersburg State University,
7–9, Universitetskaya nab., St. Petersburg, 199034, Russian Federation

For citation: Gusenova P. A., Stoyko N. G. The comparative historical and comparative legal characteristics of the Islamic criminal procedure. *Issues of Theology*, 2020, vol. 2, no. 4, pp. 550–566. <https://doi.org/10.21638/spbu28.2020.402> (In Russian)

In order to analyze and characterize modern forms of the criminal process, it is customary to use comparative legal typologies. Within the framework of the comparative legal approach, the division of the criminal investigative process and controversial types is widespread ('common'). Each of them is characterized by a certain spectrum of ideal attributes, opposed to each other and "embedded" in a wider typology of legal families. This article raises the question of the existence of a third universal model of the criminal process, which is considered the criminal process of the countries of Islamic rule (Islamic). It is concluded that in its technical structure (at the level of its procedural form), the Islamic criminal process belongs to the investigative type. However, if we consider the Islamic criminal process from the point of view of its procedural content, which has a religious legal explanation, it undoubtedly has the specifics that make it possible to speak of it as an independent ideal type (universal model).

This is evidenced by three characteristics: the supremacy of the Koran and the Sunna over legislation and precedent; the priority of ijma (unanimous opinion of Muslim legal scholars) over the law (its procedural and substantive provisions) and judicial decisions (precedent); the administration of justice only by the *cadi* (judges who, by virtue of religious duty, subordinate to themselves all participants in the criminal process and are responsible for its entire course and outcome).

Keywords: Islamic criminal process, ijma, Quran, typology, *qadi*, justice.

References

- Bahnassi A. F. (1982) *Criminal responsibility in Islamic law. In the Islamic criminal justice system.* London, New York, Oceana Publ.
- Boronbekov S. (2003) "The main values of Islam — objects of sharia protection", in *Gosudarstvo i pravo*, no. 2, pp. 32–39. (In Russian)
- Cheltsov-Bebutov M. A. (1995) *Course on Criminal Procedure Law: Essays on the History of the Court and Criminal Procedure in the Slave, Feudal and Bourgeois States.* St. Petersburg, Ravenna, Alfa Publ. (In Russian)
- Damaska M. R. (1975) "Structures of Authority and Comparative Criminal Procedure", in *Yale Law Journal*, no. 84, pp. 480–544.
- Dammer H. R., Albanese J. S. (2011) *Comparative Criminal Justice System.* Belmont, Wadsworth Publ.
- Esmein A. A. (1913) *History of Continental Criminal Procedure with Special Reference to France.* Boston, Little, Brown and Company Publ.
- Foynitskiy I. Y. (1996) *Criminal Justice Course.* In 2 vols. Vol. 1. St. Petersburg, Alfa Publ. (In Russian)
- Glenn H. P. (2004). *Legal traditions of the world: sustainable diversity in law.* Oxford, Oxford University Press.
- Golovko L. V. (ed.) (2016). *Criminal Procedure Course.* Moscow, Statut Publ. (In Russian)
- Gusenova P. A. (2016) "General characteristics of the judicial system of the Islamic Republic of Iran", in *Vestnik of St. Petersburg University. Law*, no. 2, pp. 85–93. (In Russian)
- Gusenova P. A. (2016) *Islamic criminal procedure: religious and legal origin and specific features (illustrated through the examples of the Islamic Republic of Iran and the Kingdom of Saudi Arabia).* PhD Thesis in Law. St. Petersburg, St. Petersburg University Press. Available at: https://disser.spbu.ru/files/2016/gusenova_disser.PDF (accessed: 03.08.2020).
- Gutsenko K. F., Golovko L. V., Filimonov B. A. (2002) *Criminal Proceedings of Western States.* Moscow, Zertsalo Publ. (In Russian)
- Haleem A. M., Sharif A. O., Daniels K. (2003) *Criminal justice in Islam: judicial procedure in the Shari'a.* London, I. B. Tauris Publ.
- Hallaq W. B. (2009) *An introduction to Islamic law.* New York, Cambridge University Press.
- Kamali M. H. (2003) *Principles of Islamic Jurisprudence, the Islamic texts society.* Cambridge, Cambridge University Press.
- Khabrieva T. J. (ed.) (2010) *Asian Constitution: in 3 volume. Vol. 1: West Asia.* Moscow, Norma Publ. (In Russian)
- Kozlikhin I. Yu. (2011) "Muslim law", in *Pravovedenie*, no. 3 (296), pp. 231–258. (In Russian)
- Kozlikhin I. Yu., Stoyko N. G. (eds). (2018) *Islamic criminal law and procedure.* St. Petersburg, St. Petersburg State University Press. (In Russian)
- Kuliev E. (2012) *Quran. Translation of the meanings and Commentary.* Moscow, Eksmo Publ. (In Russian)
- Lezhe R. (2010) *Great Legal Systems of Our Time: a comparative legal approach.* Moscow, Volters Kløver Publ. (In Russian)
- Lilie H. (2012) "Adversarial and Inquisitorial Criminal Proceedings — the German criminal trial as an intermediate model", in *Preliminary Investigation in the Criminal Process of*

- Central Asian Countries: between the inquisitorial and adversarial model*, eds F.K. Shreder, M. Kudratov. Frankfurt am Main: Peter Lang Publ., pp. 117–124. (In Russian)
- Lippman M. (1989) “Islamic Criminal Law and Procedure: Religious Fundamentalism v. Modern Law”, in *Boston college international and comparative law review*, vol. 12, iss. 1, pp. 29–62. Available at: <http://lawdigitalcommons.bc.edu/iclr/vol12/iss1/3> (accessed: 03.08.2020).
- Marchenko M.N. (2008) *Legal Systems of the Modern World: a tutorial*. Moscow, Zerchalo-M Publ. (In Russian)
- Mehdi S. (2013) *Muslim Law and Politics*. Moscow, Kniga po trebovaniuu Publ. (In Russian)
- Mesheraikov Yu. V. (1990) *Forms of Criminal Proceedings*. Leningrad, Leningrad State University Publ. (In Russian)
- Polaynskiy N.N. (1956) *Questions of the Theory of Soviet Criminal Procedure*. Moscow, Moscow State University Press. (In Russian)
- Romanov A. K. (2002) *Legal System of England*. Moscow, Delo Publ. (In Russian)
- Shahidullah Sh. M. (2014) *Comparative criminal justice systems: Global and local perspectives*. North Carolina, Jones & Bartlett Learning Publ.
- Shestakova S.D. (2001) *Adversarial nature of the criminal process*. St. Petersburg, Legal Center Press. (In Russian)
- Skakun O. F. (2008) *General Comparative Jurisprudence: main types (families) of legal systems of the world*. Kiev, InIure Publ. (In Russian)
- Sluchevskiy V. (1892) *Russian Criminal Procedure Textbook: Legal Proceedings*. In 2 vols, vol. 2. St. Petersburg, Tip. Stasiulevicha Publ. (In Russian)
- Smirnov A. V. (2001) *Adversarial Process*. St. Petersburg, Alfa Publ. (In Russian)
- Smirnov A. V. (2002) *Historical Forms of Criminal Procedure: Tutorial*. St. Petersburg, St. Petersburg State University of Economics Publ. (In Russian)
- Stephen J. F. (1863) *A general view of the criminal law*. London, Macmillan Publ.
- Stoyko N. G. (2006) *Criminal Process of Western States and Russia*. St. Petersburg, St. Petersburg State University Press. (In Russian)
- Stoyko N. G., Gusenova P. A. (2014) “Features of the Islamic Criminal Procedure”, in *Pravovedenie*, no. 2 (313), pp. 203–212. (In Russian)
- Strogovich M. S. (1946) *Criminal Process*. Moscow, Iurid. izd-vo MIU SSSR Publ. (In Russian)
- Terril R. J. (2009) *World Criminal Justice Systems: a survey*. Atlanta, Matthew Bender & Company, Inc., a member of the Lexis Nexis Group New Providence Publ.
- Tornau N. (1850) *The presentation began Muslim law*. St. Petersburg, Printing House of the II Branch of the Own E. I. V. Chancellery. (In Russian)
- Tornau N. (1866) *Muslim law. Issue 1. On the right of inheritance by law*. St. Petersburg, Printing House of the II Branch of the Own E. I. V. Chancellery. (In Russian)
- Van den Berg L. V. S. (1882) *Basic Principles of Islamic Law according to the teachings of Imam Abu Hanifa and Shafi'i*. St. Petersburg, Tipografiia G. Shakht i Ko Publ. (In Russian)
- Zander M. (1989) *A matter of justice. The legal system in Ferment*. New York, New York University Press.

Received: August 3, 2020

Accepted: August 24, 2020

Authors' information:

Patimat A. Gusenova — PhD in Law; ya.pati@yandex.ru

Nikolay G. Stoyko — Dr. Sci. in Law, Professor; nstoiko@mail.ru