

Санкт-Петербургский государственный университет
Юридический факультет

На правах рукописи

Примаков Денис Яковлевич

ОСОБЕННОСТИ ЕВРЕЙСКОЙ ПРАВОВОЙ СИСТЕМЫ:
СРАВНЕНИЕ ЕВРЕЙСКОГО И МУСУЛЬМАНСКОГО ПРАВА
(VII-XIII ВВ.)

Специальность 12.00.01 — Теория и история права и
государства; история учений о праве и государстве

Диссертация на соискание ученой степени кандидата
юридических наук

Научный руководитель д.ю.н., проф.
И.Ю.Козлихин

Санкт-Петербург-2011 г.

Содержание	
Введение	
Методология и историография исследования	3
История сравнения еврейского и мусульманского права	11
Глава 1. Принцип «Не на небесах она»	25
1.1. Шариат и Галаха: точки соприкосновения	26
1.2. Принцип «Не на небесах Галаха»	37
1.3. Между позитивным правом и юснатурализмом в исламе и иудаизме	50
1.4. Традиция в исламе и иудаизме	55
1.5. Выводы	70
Глава 2. Принцип «Закон государства – закон»	71
2.1. Национальное и религиозное в иудаизме	71
2.2. Определение принципа	76
2.3. Правовое положение мусульман на немусульманских территориях	91
2.4. Выводы	94
Глава 3. Обновление традиции. Поиск оригинальности	96
3.1. Определение границ обновления традиции	103
3.2. Механизмы изменения Галахи	110
3.3. Деятельность судьи	111
3.4. Выводы	119
Заключение	122
Библиография	135
Summary	152

Введение

Методология и историография исследования

Анализ особенностей еврейской правовой системы VII–XIII вв. через сравнение принципов еврейского и мусульманского права отвечает на актуальные вопросы, связанные с пониманием степени аутентичности еврейской и мусульманской правовых систем. В данной работе еврейское право рассматривается в первую очередь с точки зрения того, как еврейская правовая система конструировала на протяжении долгого времени понятия справедливости, морали, ответственности и правосудия. Актуальность выбранной темы трудно переоценить, поскольку до настоящего времени компаративистский анализ еврейского и мусульманского права среди российских ученых не привлек должного внимания. Эта тема тем более актуальна в свете концепции «диалога культур»: без исследования развития правовых институтов в каждой из правовых систем мы не сможем понять сами эти культуры. Кроме того, как отмечает российский правовед М. Н. Марченко, без глубокого понимания сущности и содержания иудейского права невозможно до конца понять современное израильское право, особенно семейное законодательство, которое создавалось и по сей день развивается на основе религиозных, национальных, исторических и социальных традиций и обычаев¹.

Именно через историко-правовой компаративистский анализ двух схожих правовых систем четче просматриваются особенности каждой из них. В данной работе предполагается очертить круг вопросов, возникающих при сравнительном анализе двух правовых систем² —

¹ *Марченко М. Н.* Теория государства и права. М., 2004. С.280-281.

² Если существование мусульманской правовой системы с ее особенностями признают практически все компаративисты (см. рассуждения о разных классификациях Д. Армиджона, Б. Э. Нольде, Х. фон Вольфа, А. А. Эйсмана, Р. Давида Р. Леже в кн.:

Галахи и *Шариата*, — главным образом в период становления мусульманского права, и попытаться выявить направления взаимовлияния. В соответствии с данной логикой в работе проведен анализ трех основополагающих принципов еврейского права («Не на небесах она», «Закон государства — закон» и принципа обновления традиции), которые формируют три измерения еврейской правовой системы — внутреннее, внешнее и динамическое (во времени).

Сравнительно-правовой анализ имеет ряд особенностей. Г. И. Муромцев в главе об аспектах соотношения культуры и права в монографии «Право и культура» приводит мнения Л. Фридмэна, Р. Давида и других ученых о соотношении права и культуры, на основе чего делает вывод о взаимосвязи таких понятий, как «право», «правовая семья», «правовая система», «правовая культура»: «В области теории права основными вехами этой эволюции были движение от “узкого”, или нормативистского, понимания права через “широкую” трактовку его понимания к понятию правовой системы, а от него — к еще более общему

Цвайгерт К., Кётц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2 т. М., 1995. Т. 1. С. 100–106), ту еврейскую правовую систему, которая существовала начиная с 70 г. н. э., когда был разрушен Второй иерусалимский Храм, и до образования Израиля в 1948 г., упоминают вскользь либо вообще замалчивают. Исключение составляют работы М.Н. Марченко, но он говорит об иудейском праве как о целостной системе, в корпус которой входят наравне с Библией и Талмуд (без упоминания о существовании двух Талмудов: Иерусалимского и Вавилонского).

Марченко М. Н. Религиозные правовые системы. Иудейское право // Курс сравнительного правоведения. М., 2002. С. 898. Диссертант будет придерживаться название «еврейское право» как точный перевод с иврита понятия *мишпат иври*, закрепившегося в израильском правоведении для обозначения средневекового еврейского права. О проблеме периодизации израильского права см.: *Barak A.* Israel Legal History // *The History of Law in a Multi-Cultural Society and Israel 1917–1967* / Ed. by R. Harris, A. Kedar. P. 383; *Harris R., Lehoviski A., Kadar K.* Bein Mishpat le-Historia: al ha-Istoriografia shel ha-Mishpat ha-Israeli // *Iunei Mishpat*. 2002. Nov. P. 351–389.

понятию “правовая жизнь”. В ходе этой эволюции все более изменялось и видение правовой действительности: включенные в понятие права нормы, правосознание и правоотношения становятся со временем элементами понятия “правовая система” <...> Правовая система есть категория, с одной стороны, сравнительного правоведения, с другой — теории права. В первом качестве она является исходной единицей при классификации правовых систем и одновременно основой для конструирования научной категории “семья правовых систем”. Во втором качестве она отражает развитие системных представлений о праве, выступает как наиболее высокий абстрактный уровень системности права. Здесь понятие “правовая система”, по сути, смыкается с понятием “правовая культура”»³.

На связь культуры и сравниваемого права указывает П. Круз, сравнительное правоведение имеет своеобразный «эkleктичный характер», другими словами оно признает «важность взаимоотношений между правом и составляющими его нормами, с одной стороны, и историей, философией и культурой – с другой. Исследователи сравнительного правоведения исходят из того, что каждая сопоставляемая правовая система представляет собой «особое выражение (отражение) породившего ее духа народа и вместе с тем результат влияния на него многочисленных исторических событий, формирующих национальный характер, амбиций и менталитет».⁴

Для начала необходимо разрешить некоторые проблемы, связанные с определениями и характеристиками категорий. Как известно, существуют разные подходы к толкованию термина «принцип права»,

³ *Право и культура* / В. С. Нерсесянц, Г. И. Муромцев, Г. И. Мальцев. М., 2002. С. 67.

⁴ *Cruz P. de A Modern Approach to Comparative law*. Boston, 1993, P.4.

правоведы не выработали единого мнения относительно его значения⁵. В данной работе мы будем исходить из того, что «принципы права — это исходные, определяющие идеи, положения, установки, которые составляют нравственную и организационную основу возникновения, развития и функционирования права»⁶. В контексте исследования правовые принципы, положенные в основу нормативной системы, могут рассматриваться как феномен, философский концепт. Изучение феномена связано с эволюцией его значения и содержания во времени, таким образом, предполагается применить исторический подход к его исследованию. Изучение концептов с помощью инструментария историка позволяет нам приблизиться к раскрытию истоков формирования юридической техники. Однако, если целью юридической догматики (концептуализма) оказывается выявление основ нормативной системы путем абстракции и систематизации, то исторический подход предполагает осмысление реальности⁷.

Как и другие правовые категории, правовые принципы могут оказывать воздействие и, в свою очередь, подвергаться влиянию иных правовых систем. По мнению К. Цвайгерта и Х. Кётца, «становление права на национальном уровне происходит благодаря взаимодействию как “типичных факторов”, повторяющихся повсеместно, так и нетипичных»⁸.

⁵ Подробнее об этом см.: *Сурко Е. В.* Правовые принципы в правовой системе, системе права и системе законодательства: теория и практика // *Правоведение*. 2006. № 2. С. 55–61; *Волкова С.В., Ильин А.В., Мальшиева Н.И.* Принципы права // *Правоведение*. 2009. № 1. С.252-262.

⁶ *Байтин М. И.* О принципах и функциях права: новые моменты // *Правоведение*. 2000. № 3. С. 4.

⁷ О соотношении догматики и исторического подхода в еврейской правовой мысли см.: *Englard I.* *Mehkar ha-Mishpat ha-Ivri – Mahuto ve-Mataroto* // *Iyyunei Mishpat*. 1979. Vol. 6. P. 34–65.

⁸ *Цвайгерт К., Кётц Х.* Указ. соч. С. 20.

К «нетипичным» факторам относятся специфика исторического развития народа, то есть в нашем случае миграция населения, и последствия рецепции права. История еврейского народа свидетельствует об его удивительной мобильности и восприимчивости к новым идеям, благодаря чему социальная адаптация к изменившимся условиям происходила не в ущерб религиозной идентичности.

Как указывает историк-медиевист А. Я. Гуревич, историко-сравнительный метод имеет широкую сферу применения. В одних случаях, сопоставляя феномены, относящиеся к разным периодам истории или географическим регионам, исследователи ставят своей целью обнаружение того общего, что связывает их. В других случаях сопоставление разных стран, например средневековой Франции и традиционной Японии (до реформ Мейдзи), не только подчеркивает их инаковость, но и служит более показательному анализу своеобразия рассматриваемых объектов⁹.

Как отмечает П.И. Пугинский, сравнительно-исторический метод (непосредственно компаративистика), отличается от сравнительно-правового метода (или сравнительного правоповедения) тем, он предназначен «сопоставлять правовые объекты, взятые в разные исторические периоды и в различных социально-экономических условиях для установления того, чем и как обусловлено их единообразие и отличия. Такой разбор в целом подчинен требованиям историзма, исторического исследования правовых явлений»¹⁰.

Более того, как предостерегают К. Цвайгерт и Х. Кётц, в компаративистском исследовании в области религиозных и этических

⁹ Гуревич А. Я. История в человеческом измерении: размышления медиевиста // Новое литературное обозрение. 2005. № 75. С. 44–86.

¹⁰ Пугинский П.И. Методологические вопросы правоповедения // Правоведение 2010. №1. С.10.

норм требуется исключительно осторожный подход к применению основного закона сравнительного права — презумпции идентичности (*presumptio similitudinis*), который гласит: «...различные правовые порядки, несмотря на все различия в своем историческом развитии, доктринальных взглядах и стилях функционирования на практике, решают очень часто одни и те же жизненные проблемы вплоть до мельчайших деталей одинаково»¹¹.

Р. Леже дополняет: «если исходить из систем, принадлежащих к различным семьям, то здесь также следует изучать элементы, выявленные в поле наблюдения, а для этого точно определить границы этого поля. Однако отправные для сравнительно-правовой работы системы настолько отличаются своими определяющими элементами и деталями своих институтов, что чаще всего надо будет выводить суждение о наличии или об отсутствии эквивалентности. <...> В одном случае нам следует искать всеобщую эквивалентность, тогда как в другом стараться выявить по крайней мере частичную эквивалентность»¹².

Для данного исследования больше всего подходит метод асинхронного сравнения, при котором проводится сравнительный анализ отличных друг от друга, но имеющих определенные черты сходства политических и правовых систем.¹³ Те юридические формулы и принципы, которые станут предметом обсуждения в этой работе, идеографичны благодаря их тесной связи с самой сутью двух религий. Поэтому, сравнивая правовые принципы на материале *галахи* и *шариата*,

¹¹ Цвайгерт К., Кёту Х. Указ. соч. С. 58–59, 60.

¹² Леже Р. Великие правовые системы современности. М., 2010. С.288-289.

¹³ Forrest J. Assinchronic Comparisons // comparing Nations. Concerts, Strategies. Substance / Ed. By M.Dogan, A. Kazancil. Oxford, 1995, P.260-295. Подробнее см.: Марченко М. Н. Курс сравнительного правоведения. С.43-44.

и выявляя близкие черты, мы непременно будем учитывать аутентичность правовых феноменов.

Хронологические рамки исследования (VII–XIII вв.) обусловлены тем фактом, что еврейское право сопоставляется с мусульманским правом, начало которого было положено с возникновением ислама на Аравийском полуострове в 622 г. и по конец XIII в., когда европейцы изгнали мусульман с территории Испании и начался упадок арабо-мусульманской культуры. А вместе с этим закончился «золотой век» арабо-еврейских взаимоотношений, когда взаимообмен и диалог правовых культур между мусульманами и евреями практически прекратился. После того как Папа Римский, Иннокентий IV в 1252 г. санкционирует инквизицию, арабы и евреи больше не являются участниками совместного спора, а живут каждый своей судьбой, «выпадая из истории».¹⁴

Культурный диалог VII-XIII между арабами-мусульманами и евреями, жившими на их территориях¹⁵, имеет ряд особенностей, не учитывая которых сложно будет приступить к исследованию влияния культур на правовые институты и мысль средневековых правоведов.

Первая особенность является общей для тех, кто работает со средневековым текстом. Специфика средневекового текста для современного читателя состоит в утере связи между реципиентом текста и автором. Вследствие временной протяженности нельзя провести однозначных соответствий между культурой, в которой писался текст и культурой, где этот текст воспринимается через несколько столетий.

¹⁴ О еврейско-арабском взаимодействии как о «симбиозе культур», а также о выпадении из истории арабов после XIII в. пишет Ш.Д.Гойтейн. *Гойтейн Ш. Д. Арабы и евреи.* М., 2001, С.15-16.

¹⁵ Андалусский и Гранадский Халифаты в Южной Испании, Магриб – территория современного Египта и Сирия, Марокко, Туниса, Иордании, Израйля и Средняя Азия – современный Ирак.

«Даже восприятие формы текста становится неоднозначным. Замутняются метафоры, утрачивается связь между элементами сравнения. Возникает противоречивая ситуация: если читатель остается в границах своего времени, то текст оказывается как бы вне времени – за счет наслоения промежуточных временных протяженностей»¹⁶. Средневекового автора и его читателя связывали общие представления, символические знания о мире, совокупность норм и ценностей, принятых в обществе. Ц.Тодоров называет это «разделяемым» обществом знания (*savoir partagé*). Это знание связывает автора и воображаемого читателя. Автор текста исходит из этих принятых в обществе представлений. Так на основе этого имплицитного знания развивается рассказ, и так адресат может расшифровать различные «писания», ему адресованные. Их взаимодействия определяет структуру текста¹⁷. Так или иначе, нам приходится иметь дело с полимсемом, с культурным наслоением, то есть работать с историческим текстом, декодируя его, при этом, избегая примитивных аналогий и мифических доказательств.

Вторая особенность, характерная именно для арабо-еврейских отношений, это а priori неравные отношения между сторонами, и как следствие этого, перманентная полемическая направленность письма еврейских и мусульманских мыслителей. Текст Талмуда, сочинения Маймонида «Путеводитель растерянных» и «Второзаконие», труд Саадия Гаона, работы аш-Шафии и других являются «как отражением так, интерпретацией определенного состояния общества: сосредотачивая в себе напряжение между реальностью и идеальным образом, она преодолевает его в целостном тексте, продуцирующем внутренне

¹⁶ Зюмтор П. Опыт построение средневековой поэтики. СПб., 2003, С.17.

¹⁷ Лучинская С.И. Образ Другого: мусульмане в хрониках крестовых походов. СПб., 2001, С.21-22

связанное значение»¹⁸. Это подводит нас к тому, что текст – это идеологическое явление. В текст автор вкладывает определенное «видение мира», то есть данный культурный и исторический момент преломляются в искаженной перспективе, обусловленный личностью автора.

Как мы увидим, средневековый еврейский автор постоянно ввел *plain de force* полемику не только с еврейским окружением, но, в первую очередь, со своими собратьями по вере и по перу - с караимами¹⁹. Диалог по мысли М.Бахтина находится в самом тексте: «Всякое высказывание, - писал М.М.Бахтин, - всегда имеет адресата... ответное понимание которого автор речевого произведения ищет и предвосхищает...»; «событие жизни текста, то есть его подлинная сущность, всегда развивается на рубеже двух сознаний», представляя собой диалог адресата и адресанта, и это отношение находит отражение в «структуре самого высказывания»²⁰.

История сравнения еврейского и мусульманского права

История компаративистских изысканий в этой области насчитывает около двух столетий. В более ранний период история права не

¹⁸ Зюмтор, Указ. Соч. С.19

¹⁹ Караимы — представители религиозного ответвления иудаизма, признававшие только писаную Тору. По поводу взаимодействия между караимами и ранним исламом см.: *Ben-Shammai H.*: 1) *The Attitude of the Some Early Karaites towards Islam // The Jews in Medieval Jewish History / Ed. I. Twersky. Cambridge, Mass., 1984. Vol. 2. P. 3–40*; 2) *Between Ananites and Karaites: Observation on the Yearly Medieval Jewish Sectarianism // Studies in Islamic and Judaic Traditions: In 3 vols. / Ed. by M. Brinner. Atlanta, 1990. Vol. III. P. 19–27*; *Lasker D. J. Islamic Influence on Karaites Origins // Ibid. 1989. Vol. II. P. 23–47.*

²⁰ *Бахтин М.М. Проблемы текста // Вопросы литературы №10 М., 1976, С.123–152.*

становилась предметом изысканий западных ученых. Тем более трудно предположить возможность такого анализа в трудах ученых Востока, поскольку как для мусульманских, так и для еврейских мыслителей дарованные Богом *галаха* и *шариат* не были «подвержены» историческому процессу²¹. Такое восприятие их было связано с концепцией неподражаемости Корана, которую первоначально сформулировали философы мутазилитского направления и позже дополнили мусульманские теологи и филологи²².

Другое объяснение кроется в западной традиции изучения ориентализма, а именно в специфике восприятия восточной ментальности западными учеными, которую Э. В. Сайд назвал репрезентацией Востока со стороны Запада. Для таких исследователей, как Г. Гибб и Д. Макдональд, «отличие восточного человека состоит не столько в его религиозности, сколько в недостатке чувств закона. Для него в природе нет никакого непоколебимого порядка»²³.

Для современных ученых исходным постулатом во всех исследованиях является утверждение, что иудаизм наряду с каноническими христианскими установлениями, римским правом и сасанидско-персидскими правовыми обычаями влиял на становления

²¹ *Coulson N. J. A History of Islamic Law. Edinburg, 1971. P. 4.*

²² См. статью, где упоминается латинский прецедент этого концепта: *Greenbaum G. von. I'djaz // Encyclopedia of Islam: In 12 vols. / Ed. by P. J. Bearman, Th. Bianquis, C. E. Bosworth et al. 2nd ed. Leiden, 1960–2005. Vol. 4. P. 112–116.* Также см.: *Aleem A. I'jazu-l-Qur'an // Islamic Culture. 1933. Vol. 7. P. 64–82, 215–233.* В еврейской истории Саадия Гаон стал автором еврейской версии (צחוק לשון) арабской концепции «чистого языка» (فصحى), являющейся составной частью теории неподражаемости Корана. Об этом подробно пишет Х. Лазарус-Яфе: *Lasaruz-Yafe H. Intertwined Words: Medieval Islam and Bible Criticism. Jerusalem, 1986. P. 16–18.*

²³ Цит. по: *Сайд Э. В. Ориентализм: Западные концепции Востока. СПб., 2006. С. 426.*

мусульманского права²⁴. Вместе с тем вопрос о степени воздействия иудаизма на ислам остается дискуссионным. Так, вслед за И. Голдциером²⁵ некоторые ученые полагали, что арабы и евреи были одинаково подвержены влиянию римского права, с которым мусульмане могли познакомиться благодаря еврейским источникам²⁶. В классическом труде об исламском праве Дж. Шахт приводит свою концепцию истории заимствования тех или иных положений в праве разных народов: «Талмуд и раввинистическое право также содержат концепты и максимы классического римского права, которые были заимствованы через популярные эллинистические риторички, и тогда же мы можем увидеть следы персидского сасанидского права в вавилонском Талмуде, составлявшемся в Ираке. В Ираке, где начало формироваться мусульманское законодательство, двери ислама широко раскрылись навстречу заимствованиям, которые приносили образованные неопиты <...> Влияние еврейского законодательства заметно, в частности, в области религиозного культа»²⁷.

В статье по поводу иностранных элементов в раннем исламском праве Дж. Шахт возвращается к вопросу о влиянии талмудического

²⁴ Подробнее см.: *Motzki H. The Role of Non-Arab Converts in the Development of the early Islamic Law // Islamic Law and Society. 1999. Vol. 6. P. 293–317.*

²⁵ *Goldziher I. Usages juifs d'après la littérature religieuse des musulmans // Revue des Etudes Juives. 1894. Vol. XXVIII. P. 84–87.*

²⁶ *Cohen B. Jewish and Roman Law: A Comparative Studies. New York, 1966.* Однако, например, О. Шпенглер высказывает противоположное мнение: в дошедшем до нас «римском праве» мало римского, а больше того, что выражено в иудейской, христианской культуре, персидской литературе: «Классические юристы Папиниан, Ульпиан и Павел были арамеями; Ульпиан с гордостью называл себя финикийцем из Тира...» (*Шпенглер О. Закат Европы. Очерк морфологии мировой истории: В 2 т. М., 1998. Т. 2. С. 73*).

²⁷ *Schacht J. Introduction to Islamic Law. Oxford, 1966. P. 20–21.*

законодательства, когда изучает вопрос о воздействии римского права на шариат: «Я не утверждаю, что Ирак был территорией распространения римского права, в этот период он находился скорее под влиянием духа эллинистической цивилизации; к тому же там располагались главные центры изучения Талмуда. Эта сведения нам нужны для того, чтобы объяснить существование римских концептов и формулировок в ранней исламской юридической науке и регулярное появление параллелей в талмудическом праве. Если мы проведем обзор юридических понятий, которые появляются в римской и исламской юриспруденции, нам придется признать влияние первой на вторую, их можно найти не только у юристов, что более естественно, но и у ораторов и тех, кто получил эллинистическое образование. Профессор Д. Доб²⁸ показал, что те методы интерпретации юридических текстов, которые использовали еврейские мудрецы, и сами тексты в настоящее время оправданно относят к ранним римским классическим правовым текстам, они больше подвергались влиянию именно со стороны эллинистических риторик²⁹.

Другая группа исследователей (Р. Бруншвиц³⁰, А. Гейгер³¹, Х. Гиршфельд³², Ш. Д. Гойтейн³³, А. Кац³⁴, Х. Лазарус-Яфе³⁵, Г. Либсни³⁶,

²⁸ *Daube D. Rabbinic Methods of Interpretation and Hellenistic Rhetoric // Hebrew Union College Annual. 1949. Vol. 22. P. 239–264.*

²⁹ *Schacht J. Foreign Elements in Ancient Islamic Law // The Formation of Islamic Law / Ed. by W. B. Hallaq. Cambridge, 1986. P. 13.*

³⁰ *Brunschvig R. Hermeneutique normative dans le Judaisme et dans le l'islam // Brunschvig R. Etudies sur l'islam calassique et l'Afrique du Nord. London, 1986. P. 233–252.*

³¹ *Geiger A. Was Hat Muhammad aus dem Judenthem Aufgenommen? Berlin, 1833.*

³² *Hirschfeld H. 1) Jüdische Elemente im Koran. Berlin, 1878; 2) New Research into the Composition and the Exegesis of the Qoran. London, 1902.*

³³ *Гойтейн Ш. Д. Арабы и евреи. М., 2001. С. 64–66; Goitein S. D. 1) Studies in Islamic history and institutions. Leiden, 1968; 2) Minority Selfrule and Government Control in Islam*

Я. Мерон³⁷, С. С. Торри³⁸, В. Фиджеральд³⁹) рассматривают иудаизм в качестве «отправной точки» в вопросе влияния на ислам. Как замечает Я. Ласснер, после того как А. Гейгер защитил свою докторскую диссертацию, многие исследователи вплотную занялись выявлением степени «исламизации» еврейских тем. Близость еврейской и мусульманской традиций часто принималась за доказательство прямого культурного заимствования, в то время как любое отличие и несхожесть трактовались как искажение и даже перверсия⁴⁰.

Однако значительный интерес к культурным реалиям иудаизма со стороны мусульман, которые видели в нем один из инструментов «легитимации ислама, Пророка и его последователей» по выражению Я. Ласснера, не обязательно означал близкое знакомство с оригинальными источниками. Мусульманские авторы цитировали еврейские тексты,

// *Studia Islamica*. 1970. N 31. P. 101–116; 3) *The Birth Hour of Muslim Law // The Muslim World*. 1960. N 50. P. 23–29; 4) *The Interplay of Jewish and Islamic Law // International Conference of Jewish Law in Legal History and the Modern Word / Ed. by B. S. Jackson*. Leiden, 1980 (и ряд других статей на иврите).

³⁴ *Katsh A. I. Judaism and Islam*. New York, 1954.

³⁵ *Lazarus-Yafe H. Intertwined Worlds*. Princeton, 1980 (и ряд статей на иврите, напр.: *Lazarus-Yafe H. Bein Halacha be-Yehadut le-Halacha le-Islam* («Между правом в иудаизме и правом в исламе»)) // *Tarbiz*. 1981. N 51. P. 206–265.

³⁶ *Liebesny H. J. Foreign legal systems: a comparative analysis*. Washington, 1981.

³⁷ *Meron Y. Ha-Din Muslmani ba-reiya ha-shvatit* («Мусульманский закон в сравнительном освещении»). Иерусалим, 2001.

³⁸ *Torry C. C. The Jewish Foundation of Islam*. New York, 1933.

³⁹ *Fitzgerald V. Nature and Sources of the Shari'a // Law in the Middle East / Ed. by M. Khadduri, H. J. Liebsny*. Washington, D. C., 1955. P. 85–112.

⁴⁰ *Lassner J. The 'One who had Knowledge of the Book' and the 'Mighties name' of God. Qu'ranic exegesis and Jewish cultural Artifacts // Studies in Muslim Jewish Relations / Ed. by R. L. Nettler*. 1993. Vol. 1. P. 59.

практически не читая их. В то же самое время еврейские темы появляются в мусульманских текстах без указания первоисточника⁴¹.

Например, в 27-й суре Корана «Муравьи» пересказывается история о Соломоне и царице Савской. Об этом способе пишет современный ученый В. Бриннер: «...при помощи конструирования параллельных стихов из еврейских и персидских источников мусульмане создали новый жанр, известный в мусульманской традиции как сказания Пророка (ар. *Кысас ан-набиа* — *قصص الأنبياء*), или *исраилият*, то есть “еврейское”. Такие истории стали популярны как литературный жанр и устный пересказ особенно в первое столетие развития шариата»⁴². Однако, как полагает Б. Льюис, «теологи и юристы первых веков ислама упоминают определенное еврейское влияние в своих сочинениях, но, по-видимому, осознают его в определенном смысле как фальсификацию и замену аутентичной информации. Похоже на то, что христианские историки называли жидовствующей ересью. Существует целый корпус раннего исламского материала, который мы не обнаруживаем ни в Коране, ни в хадисах, но который служил вспомогательным материалом для них. Это исторический материал, имеющий отношение к пророкам, интерпретации мидрашиского происхождения, возможно распространенные среди евреев, принявших ислам. Подобный материал в мусульманской литературе известен как *исраилият*. Первоначально термин являлся описательным, при этом определенно носил негативную окраску»⁴³.

Так, например, в одном из хадисов сообщается, что Пророк пытался снискать доверие у евреев, переняв у них некоторые обычаи: «Когда Мухаммед прибыл из Мекки в Медину, он обратил внимание на то, что

⁴¹ Ibid. P. 60.

⁴² *Brinner W.* Introduction // *Judaism and Islam Boundaries: Communication and Interaction* Vol. 27 / Ed. by B. H. Hary. Leiden, 2000. P. XXII.

⁴³ *Lewis B.* *The Jews of Islam.* Princeton, 1984. P. 70.

иудеи соблюдают пост. Спросив, что символизирует этот пост, Мухаммед узнал, что он был установлен в память о том, как Бог освободил Моисея и израильтян из плена египетского. Объявив о том, что как пророк он теснее связан со своим братом Моисеем, чем иудеи, Мухаммед повелел своим сподвижникам также соблюдать этот пост»⁴⁴.

Как пишет Дж. Бертон, некоторые мусульмане не могли смириться с мыслью, что неверующие знали какие-то вопросы веры лучше, чем Мухаммед, поэтому появился хадис «второго порядка», в котором было выдвинуто предположение о том, что пост Ашура соблюдался мекканцами еще до начала пророческой деятельности Мухаммеда. Пророк лишь одобрил этот однодневный пост и соблюдал его до переселения в Медину и после того, как объявил, что такой пост является одним из важнейших столпов веры⁴⁵.

В Коране есть упоминание о посте, например аят 2:183: «О те, которые уверовали! Предписан вам пост, также как он предписан тем, кто был до вас», но если сопоставить этот аят с аятом 2:185, то становится ясно, что в первом речь идет о посте в месяц Рамадан⁴⁶, но не о посте в день Ашура. Подобные хадисы призваны объяснить такие установления, как наказание за адюльтер побиванием камнями, число ежедневных молитв, пост в день Ашура, не могут быть выведены на основании текста Корана, но восходят к Танаху.

Как отмечает Н. Стиллман, в работе А. Гейгера был допущен ряд ошибок, связанных с неверным использованием источников. Например, А. Гейгер свободно проводит параллель между кораническими стихами и

⁴⁴ аль-Бухари. Ас-Сахих: саум, баб «ашура». Цит. по: *Бертон Дж.* Мусульманские предания: введение в хадисоведение. М., 2006. С. 66.

⁴⁵ Там же. С. 66.

⁴⁶ См.: *Fiqh Us-Sunna: Book on Acts and Workship* / Ed. by As-Sayyid Sabiq, transl. in engl. by M. S. Dabas. Cairo, 2003. P. 396.

мидрашом «Пиркей де-рабби Элеэзер», составленным, как нам сейчас известно, после появления ислама, в нем содержатся аллюзии на Мухаммеда и некоторых ранних коранических героев⁴⁷.

Другой пример приводит американский историк К. К. Торри в пятой главе своей книги⁴⁸, посвященной нормотворчеству Мухаммеда. Он делит заимствования на две группы: религиозное законодательство и законодательство в общественной сфере. Например, автор отмечает, что вряд ли случайна параллель между мусульманским принципом *шахада*, выраженным в аяте Корана «Нет Бога, кроме Аллаха» (сура 3:16) и еврейской молитвой «Шма», в которой есть слова: «Слушай, Израиль: Господь, Бог, наш, Господь един, есть» (Втор 6:4). Особенно примечательно то, в каких случаях она читается, поскольку повтор заключался не только в рецитации формулы, но и в самой декларации веры. Как написано в мишне «Во время прочтения первого стиха “Шма” человек связывает себя ответственностью перед Небесным Царством» (Быт 2:2). Это разительно напоминает концепцию *шахада* (араб. свидетельство), а именно аят 16 в третьей суре: «Аллах свидетельствует, что него нет другого достопочтенного, а также ангелы и люди знающие, будучи тверды в истине, декларируют: “Нет Бога, кроме него”»⁴⁹.

По предположению В. Фиджеральда, крайний монотеизм, который являлся основой двух религий, также способствовал сближению правовых систем, и вслед за К. К. Торри ученый пишет: «Раввинистический закон был системой, близкой ко многим аспектам арабского обычного права, основанной на тех же монотеистических принципах и пронизанной тем же

⁴⁷ *Stillman N. A. The Judeo-Islamic Historical Encounter: Visions and Revisions // Israel and Ishmael: Studies in Muslim-Jewish Relations / Ed. by T. Pafitt. Curson, 2000. P. 3.*

⁴⁸ *Torry C. C. The Jewish Foundation of Islam. New York, 1933. P. 127–154.*

⁴⁹ *Ibid. P. 133.*

духом, что и ислам»⁵⁰. Если А. Гейгер, Х. Гиршфельд и К. К. Торри подходили к сопоставлению с культурно-филологической стороны и сравнивали коранические пассажи с талмудическими и библейскими стихами, то А. Джеффри пошел дальше и составил коранический вокабуляр заимствованных выражений⁵¹.

Одна из последних по времени монументальных работ по данной тематике была написана иерусалимским историком еврейского права профессором Иерусалимского университета Г. Ливзоном. Это компаративистское исследование обычая в период гаонов на материале еврейского и исламского права⁵². В данной книге представлен обширный спектр проблем, касающихся взаимодействия правовых систем, особое внимание уделено восприятию этого влияния современниками, как раббанитами, так и караимами⁵³. Кроме того, при работе над данной диссертацией была использована монография Я. Мерона о мусульманском законе⁵⁴, материалы которой ценны как в методологическом, так и в

⁵⁰ *Fitzgerald S. J. V. Nature and Sources of the Shari'a // Law in the Middle East / Ed. by M. Khadduri, H. J. Liebsny. Washington, 1955. P. 89.*

⁵¹ *Jeffery A. The Foreign Vocabulary of the Qur'an. Boroda, 1938.*

⁵² *Libson G. Jewish and Islamic Law: a comparative Study of Custom during the Gaonic Period. Cambridge, 2003.*

⁵³ Караимы — представители религиозного ответвления иудаизма, признававшие только писаную Тору. По поводу взаимодействия между караимами и ранним исламом см.: *Ben-Shammai H.*: 1) *The Attitude of the Some Early Karaites towards Islam // The Jews in Medieval Jewish History / Ed. I. Twersky. Cambridge, Mass., 1984. Vol. 2. P. 3–40*; 2) *Between Ananites and Karaites: Observation on the Yearly Medieval Jewish Sectarianism // Studies in Islamic and Judaic Traditions: In 3 vols. / Ed. by M. Brinner. Atlanta, 1990. Vol. III. P. 19–27*; *Lasker D. J. Islamic Influence on Karaites Origins // Ibid. 1989. Vol. II. P. 23–47.*

⁵⁴ *Meron Y. ha-Din ha-Musulmani be-Reuya he-Hashvatit. Ierusalaim, 2001.*

фактологическом плане, а также классический труд по еврейскому праву М. Элона.

Таким образом, авторов всех исследований по этому вопросу можно поделить на две группы: на тех, кто не видит влияния иудаизма и Талмуда на становление мусульманского права (И. Голдциер, М. Кадури, Н. Кулсон, Дж. Шахт), и на тех, кто рассматривают иудаизм в качестве основного источника в вопросе влияния на ислам (А. Гейгер, Х. Гиршфельд, Ш. Д. Гойтейн, Х. Лазарус-Яфе, Г. Либсни, В. Фиджеральд, Р. Бруншви́г, А. Кац, К. К. Торри, Я. Мерон). В последнее время сформировалась третья группа исследователей (например, Бриннер⁵⁵, Я. Ласснер⁵⁶, Г. Либзон⁵⁷, Б. Льюис⁵⁸, М. Б. Сасон⁵⁹, Н. Стиллман⁶⁰ и др), которые критически относятся к сторонникам влияния иудаизма на ислам, однако признают, что резкое изменение вектора влияния в еврейско-арабских отношениях произошло только к VIII в., когда вследствие стремительного развития ислама и идеологии *зимми* в роли реципиентов начали выступать евреи. По нашему

⁵⁵ *Brinner W.* Introduction // *Judaism and Islam Boundaries: Communication and Interaction* / Ed. by B. H. Hary. Brill, 2000. Vol. 27. P. 22.

⁵⁶ *Lassner J.* The «One who had Knowledge of the Book» and the «Mighties name» of God. Qu'ranic exegesis and Jewish cultural Artifacts // *Studies in Muslim Jewish Relations* / Ed. by R. L. Nettler. Vol. 1. P. 59–74.

⁵⁷ *Libson G.* Jewish and Islamic Law: a comparative Study of Custom during the Gaonic Period. Cambridge, 2003.

⁵⁸ *Lewis B.* The Jews of Islam. Princeton, 1984.

⁵⁹ *Sason B.* Tzmihat ha-Kehila ha-Yehudit be-Artzot ha-Islam: Kairuan, 800–1057 («Расцвет еврейской общины в странах ислама: Каир 800–1057»). Иерусалим, 1997 (иврит).

⁶⁰ *Stillman N. A.* The Judeo-Islamic Historical Encounter: Visions and Revisions // *Israel and Ishmael: Studies in Muslim-Jewish Relations* / Ed. by Tudor Pafitt. Curson, 2000. P. 1–12.

мнению, было бы целесообразно придерживаться последней точки зрения. Все многообразие концепций и, соответственно, поводов для их формирования можно свести к двум объяснениям: с одной стороны, разница в подходах обусловлена различными идеологиями, которых придерживались ученые, с другой — историей развития исследований. Так, на начальном этапе предметом изучения было становление мусульманского права и хадисоведения (например, у Дж. Шахта и И. Голдциера). Сравнение мусульманского права с другими правовыми системами проводилось лишь для обозначения контекста. На втором этапе появились исследователи, принадлежавшие к группе «*Wissenschaft des Judentums*»⁶¹ (как А. Гейгер и Х. Гиршфельд) или к сообществу еврейских ученых (в первую очередь это Х. Лазарус-Яфе, Ш. Д. Гойтейн, А. Кац, Я. Мерон), которые по-новому рассматривали арабо-еврейские отношения в Средние века, пытаясь найти в них ключ к решению современных проблем, связанных с арабо-еврейским конфликтом. Третий этап можно охарактеризовать как постромантический: именно к этому времени была проделана огромная работа по исследованию множества материалов из каирской Генизы⁶² и других средневековых текстов, на основании которых можно было бы делать более детальные и точные выводы о векторах влияния одной правовой системы на другую.

Кроме того, надо заметить, что большинство научных работ написаны на английском языке и иврите, обнаружить труды по этому

⁶¹ *Wissenschaft des Judentums* (нем. наука о еврействе) — духовно-образовательное движение еврейского Просвещения — Гаскалы (сер. XIX в.). Видными членами данного движения были литературовед Л. Цунц, историк галахи З. Френкель, исследователи еврейской истории А. Гейгер и Г. Гретц.

⁶² Гениза — крупнейший архив средневекового еврейства, сохранившейся в синагоге города Фустата (ныне в пределах Каира). Документы, относящиеся к более чем тысячелетнему периоду истории (с конца IX по конец XIX в.), составлены еврейским письмом на арабском, древнееврейском, арамейском и некоторых других языках.

вопросу на русском языке нам не удалось. Однако в последнее время наметился интерес к изучению еврейского права со стороны отечественных ученых. Например, переиздана дореволюционная работа А. П. Лопухина по библейскому праву⁶³, переведены на русский язык «Судейское усмотрение» А. Барака⁶⁴, «Еврейское право» М. Элона под редакцией И.Ю.Козлихина, и ряд важных постановлений Верховного Суда Израиля⁶⁵. Из-под пера М. Н. Марченко вышла серия статей, посвященных еврейскому праву⁶⁶. Тем не менее, сравнение еврейской правовой системы с другими системами права пока не становилось предметом специального изучения.

⁶³ Лопухин А. П. Законодательство Моисея: Исследование о семейных, социально-экономических и государственных законах Моисея с приложением трактата: Суд над Иисусом Христом, рассматриваемый с юридической точки зрения. Вавилонский царь Аммураби: и его новооткрытое законодательство в сопоставлении с законодательством Моисеевым. М., 2005.

⁶⁴ Барак А. Судейское усмотрение / Вступ. ст. М. В. Баглай. М., 1999.

⁶⁵ Еврей – кто он? Национальное и религиозное определения еврейства в прецедентах постановлений Верховного Суда Израиля. М.; Иерусалим, 2007.

⁶⁶ Марченко М. Н.: 1) Основные принципы иудейского права // Вестник Московского университета. Сер. 11. Право. 2001. Вып. 1. С. 65–77; 2) Основные формы взаимосвязи и взаимодействия иудейского религиозного права с израильским светским правом в процессе разрешения общих проблем // Там же. Вып. 4. С. 63–78; 3) Очерки развития еврейского права: Рецензия на книгу Менахема Алона «Еврейское право» // Правоведение. 2003. № 3. С. 201–210.

В качестве «точки отсчета» мы приняли семь пунктов, близких мусульманской и еврейской правовым системам, которые вывел израильский исследователь Ш. Д. Гойтейн. Приведем их полностью:

«(1) Ислам, как и иудаизм, является религией галахи, “шари'а” по-арабски, то есть богоданным законом, который пунктуально регулирует все аспекты жизни: право, вопросы культа, этические и социальные нормы. Галаха-шари'а представляет собой саму сущность, сердцевину обеих религий.

(2) Этот религиозный закон основан на “устной традиции”, называемой по-арабски “хадис”, а по-еврейски словами того же значения; эта традиция авторитетно толкует и дополняет писанный закон, по-арабски Китаб, а по-еврейски Тора ше-бихтав, что то же самое.

(3) “Устная традиция” распадается на две части: относящуюся к закону (в широком смысле слова) и относящуюся к морали. И в мусульманской, и в еврейской литературе они представлены в одной и той же форме — в виде мало связанных между собой максим и коротких анекдотов.

(4) Хотя у мусульман существовало государство, когда они создавали свой религиозный закон, хотя они вступали в контакт с организованными христианскими церквями, их шари'а, как и еврейская галаха, формировалась абсолютно свободной и неорганизованной республикой ученых; в период раннего ислама правители могли принимать решения по конкретным случаям, но они никогда не создавали законов и не провозглашали их официально. Никогда не было в исламе и клерикальной иерархии, которая решала вопросы, заседая в официальных синодах и советах, как это практиковалось в христианских церквях.

(5) И в иудаизме, и в исламе религиозный закон приобрел окончательную форму в виде различных школ или толков, которые изначально охватывали собой общепринятые решения и наиболее

распространенную практику какой-то одной страны, например Вавилонский и Палестинский каноны у евреев или Мединский и Иракский толки у мусульман, причем в обеих религиях считалось, что эти школы или толки равно ортодоксальны.

(6) Логические процедуры, применяемые для построения религиозного закона, во многом идентичны в исламе и в иудаизме. Это не простые совпадения, обусловленные природой вещей, но, как показывают некоторые термины, сходства, вызванные прямыми связями.

(7) Изучение даже чисто юридических вопросов рассматривалось обеими религиями как форма служения Богу. Праведники ислама и иудаизма — это не священники или монахи, а люди, изучающие ниспосланный Богом Закон. В позднем исламе развился антагонизм между законоведами и праведниками, склонными к мистицизму. Однако в годы становления ислама они были едины. Кстати, это помогает объяснить, почему ранняя пиетистская мусульманская литература включает много изречений, содержащихся также в раввинистической литературе»⁶⁷.

Далее ученый делает четыре вывода:

а) иудаизм был полностью развитой системой, когда арабские мусульмане совершали свои первые завоевания;

б) мусульманский религиозный закон, как показали недавние исследования, развивался в основном на территории современного Ирака⁶⁸, главного центра еврейской науки⁶⁹;

⁶⁷ Гойтейн Ш. Д. Указ. соч. С. 64–66.

⁶⁸ Эта мысль вначале была выдвинута И. Голдциером в 1904 г., а потом ее отстаивал Дж. Шахт (*Schacht J. The Origins of Muhammadan Jurisprudence. P. 222–223*). Также см.: *Goldziher I. The Principles of the Law in Islam // The Historians' History of the World / Ed. H. S. Willians. London, 1904. Vol. 8. P. 294–304.*

в) ислам по сути своей был открыт для восприятия положений других религий;

г) бескомпромиссный монотеизм Мухаммеда должен был побудить хотя бы часть его приверженцев искать наставлений у столь же строгих монотеистов.

К данным выводам также стоит добавить, что иврит и арамейский, на которых был написан Талмуд, сходен с арабским языком, все они входят в семитскую группу языков. Поэтому восприятие или *par excellence* знакомство с еврейскими письменными источниками для зарождающегося ислама не являлось проблематичным. Приведенные выше семь пунктов и выводы ученого, сделанные им в 1954 г., послужат в качестве *prolegomena* к данному исследованию. Несмотря на множественность точек зрения на природу еврейско-арабских взаимоотношений в Средние века, которые будут рассматриваться в этом сочинении, одно остается неизменным — органическая связь двумя религиями Откровения, иудаизмом и исламом, и правовыми системами на основе этих религий.

⁶⁹ Еврейское раввинистическое право развивалось на протяжении первых пяти веков нашей эры, кульминацией этого процесса стала редакция Вавилонского Талмуда в VI в. В Вавилонии существовали две Академии (Ешивы) — Сура и Пумпедита, там разрабатывались основы Талмуда, эти академии находились недалеко от иракского города Куфа, где развивалась ханафитская школа в исламе.

Глава 1

ПРИНЦИП «НЕ НА НЕБЕСАХ ОНА»

1.1. Шариат и галаха: точки соприкосновения

Еврейская правовая система выражена в галахе, которая представляет собой нормативную часть иудаизма на основе Торы⁷⁰ и Талмуда⁷¹. В этом смысле понятие «галаха» противостоит понятию «аггада», под которым понимают мудрые изречения, моральные максимы, легенды и сказания талмудической литературы⁷². В арамейском переводе Писания встречается слово חלחא (хилхата), которое переводит ивритское слово צעד (цаад — шаг (Притч 16:9)) и פעל (паам — раз, шаг (Притч 29:5)). Галаха (הלכה) — существительное от арамейского глагола «ходить», «гулять», в породе хифиль — «вести», «руководить»⁷³. Таким

⁷⁰ Тора, или Пятикнижие Моисеево, — первые пять книг еврейской Библии — Танаха.

⁷¹ Талмуд (ивр. учение, учеба) — многотомный свод правовых и религиозно-этических положений иудаизма, охватывающий Мишну и Гемару в их единстве. После Танаха это второй по важности источник в иудаизме, сформировался в VI в. Талмуд, составленный в Палестине, носит название «Иерусалимский Талмуд». Второй Талмуд был составлен мудрецами Вавилонии и поэтому известен как Вавилонский Талмуд.

⁷² Подробнее см.: *Midrash and Agadah* / Ed. Y. Frenkel. Tel-Aviv, 2003.

⁷³ *Hebrew-English Lexicon with an Appendix containing the Biblical Aramaic* / Eds. F. Brown, S. R. Driver, Ch. A. Briggs. 4th ed. Peabody, 1999. Далее — Словарь BDB. Сравните также с гл. פטש, который, кроме «судить», имеет значение «властвовать».

образом, галаха — это «путь», «образ действий»⁷⁴ человека, она регулирует не только сугубо юридическую сферу, но и всю жизнь еврея⁷⁵. Феномен «пути» как «образа действия», «закона» существует и в других восточных культурах, например в китайской культуре — Дао. Об этом говорит еврейский историк Й. Х. Йерушалми в «Размышлениях о забвении»⁷⁶: «Каждый коллектив, каждый народ имеет свою Галаху, ибо Галаха не просто Закон, или *nomos* в александрийском, не говоря уже о павлианском понимании. Ивритское слово “Галаха” произведено из глагола “галах” — ходить, отсюда это Путь, по которому человек идет, это Путь в китайском понимании, это “Тао”, то есть совокупность ритуалов и убеждений, который наделяют народ чувством коллективной общности и цели...»⁷⁷.

Более или менее похожий феномен мы можем обнаружить в самом понятии «шариат» в мусульманском праве. Ами Аялон объясняет сложность восприятия этого феномена европейским сознанием так:

⁷⁴ Интересную мысль высказал М. А. Кравцов, который определяет Устную Тору через галаху: «Нам представляется, что именно еврейское слово “Галаха” (от слова *galah* — “идти”) определяет суть устной традиции в любом своем направлении. Устная Тора — это, прежде всего, движение, практическое овладение миром Письменной Торы, живой мост, перекинутый между Словом Бога и воплощением этого Слова в жизни». Цит. по: Зохар / Пер. с арамейск., сост., статьи, примеч. и коммент., кабб. коммент. М. А. Кравцова. М., 1994. С. 21.

⁷⁵ Для того чтобы предотвратить недопонимание терминов мы, будем следовать традиции отечественной дореволюционной историографии (по примеру Г. С. Зеленовой) и обозначать лицо еврейской национальности и иудейского вероисповедания словом «еврей» вместо возможного, принятого в советской историографии слова «иудей» (Зеленева Г. С. От скипетра Иуды к жезлу шута: придворные ереси в средневековой Испании. М., 2007. С. 12).

⁷⁶ Эта статья вышла на русском языке в составе его книги: *Йерушалми Й. Х. Захор: еврейская история и еврейская память* / Пер. с англ. Р. Нудельман. М., 2004. С. 114–128.

⁷⁷ Там же. С. 123.

«...арабский термин *shari'a* (мн. *Shara'i*) содержит в себе более широкое значение, чем его аналоги в европейских языках (*law, droit, Recht*). Оно также означает больше, чем система законов или юридические кодексы. Шариат выражает особое отношение между Богом и Его общиной. Этот термин взят из доисламского периода, когда он означал “путь, ведущий к источнику воды”, а, следовательно, к источнику жизни. Когда это слово вошло в употребление как юридический термин, шариат стал обозначать путь жизни, последователи которого приходят к избавлению. В принципе, шариат проникает во все сферы жизни, как индивида, так и общества, как в духовную, так и в политическую субстанцию и даже в то, что скрыто от других»⁷⁸.

Понимаемый таким образом шариат идентичен галахе, поскольку мусульманские юристы-факихи, так же как и еврейские мудрецы, занимались не только сугубо юридическими вопросами: в сферу их интересов входили все стороны жизни человека, включая правовые, моральные и ритуальные аспекты. В то же время в классических еврейских переводах «Путеводителя растерянных»⁷⁹ Маймонида⁸⁰ термин *אלשרייעה* (*аль-шариа*) переводится как «Тора», что соответствует исконному значению последнего термина в Библии. Под словом *אפקה* (*факиха*) понимается именно галаха⁸¹. Вместе с тем, обсуждая этимологию

⁷⁸ *Ayalon A. Language and Change in the Arab Middle East: The Evolution of Modern Political Discourse. Oxford, 1987. P. 137.*

⁷⁹ *Маймон, Моше бен (Рамбам). Путеводитель растерянных / Пер. и коммент. М. А. Шнейдера. М.; Иерусалим, 2000. С. 13, примеч. 14.*

⁸⁰ В еврейской правовой традиции наследие Маймонида (евр. РаМБаМ) является «отправной точкой» почти для всех изысканий, благодаря его роли кодификатора права в первую очередь. Ему посвящены сотни исследований на разных языках. В данной работе не ставится цель досконально изложить суть мировоззрения Маймонида относительно природы еврейского права.

⁸¹ Там же. С. 13, примеч. 15.

слова הלכה (*халиха* — ходьба, ход) в главе 24 «Путеводителя...», Маймонид говорит, что это [слово], кроме всего прочего, «также применяется в переносном смысле к распространению какого-либо повеления или проявлению его, хотя это ни в коем случае не телесно»⁸². В конце указанной главы Маймонид пишет: «Выражение הלכה (“ход”) употребляется метафорически также и в значении “следование стезею добродетели”»⁸³. В такой интерпретации восприятие концепта галахи имеет определенное сходство с восприятием понятия шариата в мусульманской культуре⁸⁴.

Выдающийся исследователь средневековых арабо-еврейских отношений Ш. Д. Гойтейн указывает на параллелизм между двумя терминами: галахой и шариатом⁸⁵. Он приводит историю из Корана (сура 5:43–45, 48)⁸⁶, в котором после общения с еврейскими мудрецами Пророк Мухаммед повелевает «дать каждой из религиозных общин свой Закон и Обычай — *Shari'atan wa-minhajan*, что на иврите звучит как *Halakha u Minhag*». Здесь мы лишь попытались подчеркнуть, что аналогией шариата выступает галаха, а не Тора.

⁸² Там же. С. 128–129.

⁸³ Там же. С. 130.

⁸⁴ Для начала нам важно подчеркнуть, что две системы, мусульманская и еврейская, имеют сходство сущностного, а не типологического характера. Подробнее об этом см., в частности: *Kozlovski G. C. When the ‘Way’ becomes the ‘Law’: Modern States and the Transformation of Halakhah and Shari'a // Studies in Islamic and Judaic Tradition. Vol. II / Eds. by W. Brinner, S. D. Ricks. Atlanta, 1986. P. 97–111.*

⁸⁵ *Goitein S. D. The Birth Hour of Muslim Law // The Muslim World. 1960. Vol. 50. P. 23–29.*

⁸⁶ Кроме вышеназванной статьи, данный пассаж также разбирается исследователем в другой статье: *Goitein S. D. The Interplay of Jewish and Islamic Laws // International Conference of Jewish Law in Legal History and the Modern World / Ed. B. S. Jackson. Leiden, 1980. P. 61 ff.*

Объяснения терминологической идентичности галахи и шариата мы находим у Б. Льюиса. В частности, исследователь отмечает, что поскольку галаха сформировалась на несколько столетий раньше шариата, то, очевидно, что вначале иудаизм влиял на ислам, а не наоборот. Однако даже последующее развитие обеих правовых систем показывает взаимное влияние. «Словарь фикха⁸⁷, мусульманской юриспруденции, несет на себе отпечаток прецедентов раввинистического права. Обсуждение раввинистического права <...> также демонстрирует влияния и заимствования большого количества категорий и терминов, принятых у мусульман. Очевидны параллели между фетвами и еврейскими гаоническими респонсами, но это можно отнести и к *responsa prudentium* римских юристов»⁸⁸.

Современный израильский историк еврейского права Г. Либзон из Иерусалимского университета следует логике Б. Льюиса и утверждает, что резкое изменение вектора влияния в еврейско-арабских отношениях произошло только к VIII в., когда по причине стремительного развития ислама и идеологии зимми в роли реципиентов начали выступать евреи⁸⁹.

Дополнительное значение термина «галаха» находит рабби Натан бен Яхияэль Роми (конец XI в.) в своем словаре к талмудической литературе «Арох», где данный термин объясняется как то, «что подобает» (ивр. *нохаг*), то, «что пришло по традиции», и в этом смысле

⁸⁷ Фикх — мусульманская юридическая доктрина.

⁸⁸ Lewis B. Op. cit. P. 80. Влияние римского права на шариат современный египетский юрист Махмуд Саид аль-Ашмауи объясняет тем фактом, что римское право, распространенное в Византии в раннем Средневековье, повлияло на арабскую общину Дамаска, которая в итоге и положила начала мусульманскому праву. Об этом интересном утверждении подробнее см. у израильского исследователя Г. Бекора: *Beqor G. Bein matzui le ratzui*. Tel-Aviv, 2003. P. 173.

⁸⁹ Libson G. *Jewish and Islamic Law: a comparative Study of Custom during the Geonic Period*. Cambridge, 2003. P. 7–9.

термин «халаха» идентичен термину מנהג (*минхаг*), обозначающему обычай⁹⁰. В «Барайте» говорится: «Так поучают в Ешиве рабби Элияху: каждому, повторяющему галахот, обеспечено в мире грядущем, ибо сказано: “Пути его вечны”»⁹¹. Следует читать не буквально — «галихот» («пути»), а переосмысливая — «галахот» («законы», «предписания»). В прямом смысле термин «галаха» впервые употреблен в мишне, а в сопряженном состоянии встречается в арамейском переводе Библии — Онкелосе⁹², где фраза «по праву дочерей» (Исх 21:9) звучит по-арамейски “כהלכת בנת ישראל” (*ке-хилхат бнат Исраэль*). Это понятие, трактуемое а ргіогі как постановление или решение по делу, со временем стало служить для обозначения всей правовой и религиозной системы иудаизма в целом.

Однако в иврите есть еще одно понятие, обозначающее «право», — *мишпат* (משפט) от глагола שפט, который, кроме «судить», имеет значение «властвовать». По мнению М. Элона, еврейское право (משפט העברי — *хамиспат ха-иври*) — это часть галахи, включающая в себя нормативные правила иудаизма. Он пишет: «Пытаясь определить термин “еврейское право” в его современном понимании, мы должны признать, что он включает лишь те области галахи, которые фигурируют и в правовых системах других народов, а именно законы, регулирующие отношения между людьми и каждого человека с обществом, но отнюдь не отношения между людьми и Богом»⁹³. Таким образом, отношения между человеком и Богом регулируются *галахой*. Данная классификация напоминает

⁹⁰ Цит. по: *Midrash and Agadah...* . P. 18.

⁹¹ Хавакук 3:6. Цит. по: Танах.

⁹² Таргум Онкелос — перевод прозелитом Торы на арамейский язык, осуществленный во II в. (Вавилонский Талмуд, «Мег», За; цит. по: *Вавилонский Талмуд. Трактат «Бава Меция» / Комм. р. А. Штейнзальца. Иерусалим, 1996*).

⁹³ *Elon M. Mispah ivri-Makor, Historiya, Ekronot. Yerushalayim, 1973. T. 1. P. 146; Элон М. Указ. соч. С. 148–149.*

классическое исламское разделение шариата на *муамалат* (ماملات — отношение, сношения), регулирующий общественные (гражданские) отношения, и *ибадат* (إبادات), определяющий то, что относится к области культа⁹⁴. Вместе с тем дальше М. Элон пишет, что, «несмотря на единство источников Галахи и характер мышления ее носителей, они отлично отличали одну часть от другой, дела имущественные (денежные, финансовые), объединяемые термином “мамона” (ממונה), — от всех прочих, именуемых “исура” (איסורא)»⁹⁵. Таким образом, *исура*, которая включает в себя ритуальные запреты и разрешения, соответствует *ибадату*, а *мамона* — *муамалату*.

Другой израильский правовед, И. Энглард, опровергает в ряде своих статей точку зрения М. Элона. Так, он утверждает, что, несомненно, запретное и разрешаемое в галахе обеспечиваются угрозой общественной санкции, которая является сутью нормативной части *мишпат*. Кроме того, с точки зрения методологии «весь нормативный корпус Галахи должен изучаться в рамках одной научной области. Религиозную основу галахи не только не следует игнорировать⁹⁶, но, напротив, стоит сделать ее исходным пунктом исследования»⁹⁷. Через несколько страниц М. Элон дает четыре значения понятия «*мишпат*»:

- судебное значение или судебное решение: «Не различайте лиц на суде («ба-мишпат»), как малого, так и великого, выслушивайте; не

⁹⁴ Подробнее см.: *Coulson N. J. Op. cit.*

⁹⁵ Элон М. Указ. соч. С. 159.

⁹⁶ Еще в 1967 г. А. Рубенштейн писал, что «статус и место религии в праве являются темой для горячих дискуссий и эмоционально трудны для понимания. Поэтому не удивительно, что многие правоведы воздерживаются от исследования этой темы...» (*Rubenshtein A. Law and Religion in Israel // Israeli Law Review. 1967. Vol. 2. P. 380*).

⁹⁷ *Englard I. Op. cit. P. 37.*

бойтесь никакого человека, ибо суд («ха-мишпат») — Божий он...» (Втор 1);

- система законов и правил: «Там он установил ему (народу) закон и правосудие («хок у-мишпат») и там испытывал его» (Исх 15:25);
- законное право: «Купи себе поле мое, что в Анатоте, ибо по праву родства («мишпат ха-геула») тебе надлежит купить его... ибо у тебя право наследования («мишпат ха-йеруша») (Иер 32:7–8);
- установленный порядок, обычай, правило: «Через три дня фараон вознесет главу твою и возвратит тебя на место твое, и ты подашь чашу фараона в руку его по заведенному порядку («ке-мишпат ха-ришон»)» (Быт 40:13).

На этом основании ученый делает вывод, что термин «*мишпат*» включает в себя не только *галахот* юридические, но и *галахот* религиозные. Например, в Книге Исхода 21:1 после выражения «И вот законы («ха-мишпатим»), которые предложишь ты им» приведен подробный перечень этих законов, где наряду с гражданскими и уголовными законами дан целый ряд религиозных законов, например о Шмите, о субботе и др.⁹⁸

Попытки установить разницу в объеме содержания между *галахой* и *мишпатом* являются лишь следствием приверженности ученого к определенной идеологии. Те, кто желает подчеркнуть религиозный аспект правовой системы, выбирают термин «*галаха*» или «дин Тора» (Закон Торы). Другие же исследователи, стремящиеся сделать акцент на национальной составляющей еврейского права, выберут *мишпат иври*⁹⁹.

Как отмечает Хаим Коен¹⁰⁰, понятие *мишпат* многозначно. Во-первых, оно связано с термином *хок* и означает совокупность законов,

⁹⁸ Элон М. Указ. соч. С. 150.

⁹⁹ Englard I. Op. cit. P. 42.

¹⁰⁰ Cohen H. ha-Mishpat («Право»), Ierushalaim, 1996. P.4-8.

компендиум законодательных актов¹⁰¹: «Ибо это закон (*хок*) для Израиля, устав (*мишпат*) от Бога Иаковлева» (Пс.80:5). Во-вторых, оно связано с судебным процессом: «Ко мне бы приходил бы всякий, кто имеет спор и тяжбу (*мишпат*), и я бы судил его по правде» (II Царств 15:4). В третьих, *мишпат* означает само решение суда: «И услышал весь Израиль о судебном решении (*мишпат*) который вынес царь; и стали бояться царя, ибо увидели, что мудрость божья в нем, чтобы производить суд (*мишпат*)» (III Царств 3:28). Таким образом, видно метонимия от значения «судебного процесса» к «судебному решению», а там уже и к концепции «справедливого судебного решения».

В мусульманском праве ивритскому слову *мишпат* соответствует термин *адль* – «справедливость». Л.Розен приводит несколько концепций *адль*. Первая концепция *адль* – как процесс корреспонденции, пересечения субъективных прав и юридических обязанностей, таким образом, *адль* рассматривается как правоотношение. Вторая – *адль* как баланс. Эта концепция восходит к мусульманскому средневековому мыслителю Ибн Халдуну (1332-1406), который полагал, что «право – это баланс жизнеустройства среди людей».¹⁰² Другой мусульманский исследователь

¹⁰¹ Компендиум законов, созданный руками человека, как нормативный (формальный) признак законодательства здесь противопоставляется *галахе* как более широкому понятию, означающими совокупность предписаний Бога к человеку. Это напоминает разделение между исламской правовой доктриной (фикх) и шаритатом, означающий «путь, следуя по которому правоверный достигает мирского совершенства и благополучия, а после своей земной жизни может рассчитывать на божественную милость». Сюкияйнен Л.Р., О соотношении шариата и фикха // Минарет, 2009, №3-4 (21-22), С.15. В зарубежной литературе см.: Schacht J. Islamic Religious Law //The Legacy of Islam. Oxford, 1979. P. 292.

¹⁰² Цит. по: Rosen L. The Anthropology of Justice: Law as Culture in Islamic Society. Cambridge, 1989, P.158.

подчеркивает моральную атрибутивность *адль*, связь понятия с религией: «Адль в исламе означает сбалансированный подход ко всем вещам, включая жизнь. Таким образом, *адль* и *адиль* также относятся к человеку, который морально устойчив, духовно сбалансирован».¹⁰³ В этом смысле *мишпат* логично сравнить с арабским многозначным понятием *адль*, который в основном своем значении определяется как справедливость. Однако *адль* более соответствует не позитивному «закону», а морали, правоотношению, и, в конечном итоге, праву как балансу сил, в то время как *мишпат* скорее соотносится с «законом».

Для полного выяснения следует также рассмотреть другие два термина, означающие «закон», «право», — *дин* (דִּין) и *хок* (חֹק). Еще одним подтверждением идеи о том, что еврейское право по своей сути религиозное, служит слово «*дин*», которое образовано от глагола «судить» и в определенном смысле выступает синонимом глагола «*шафат*». В Библии *дин* — это осуждение (Иов 36:17), судебный процесс (Втор 17:8; Притч 22:10), также он встречается в сочетании со словом, обозначающим религию, — *дат* (דָּת) и по смыслу стиха переводится как «закон», «право» (Эстер 1:13). В исламе то же слово служит для обозначения понятия религии, но смысл арабского глагола *дана* (دان) шире: «быть в подчинении», «вознаграждать», «управлять», «руководить»¹⁰⁴. Исходя из вышесказанного, в еврейской правовой системе *дин* можно обозначить как «моральный закон», в котором найдут отражение деонтологическая сущность религиозного культа (моральный аспект) и административное нормативное регулирование.

¹⁰³ Ayoub M. “The Islamic Concept of Justice” // N.H.Barazangi, M.R.Zaman (eds.) Islamic Identity and the Struggle for the Justice (Gainvenstille,1996), P.19.

¹⁰⁴ Словарь BDB. P. 192.

Второе слово — *хок* (установление), как указывает Ю. Р. Вегнер, соотносится с арабским *حَقٌّ* (*хакк*), означающим «правда» или «правильность», особенно в выражении «право Аллаха» (то есть права Бога на то, чтобы заставить человека подчиниться и выполнять определенные обязанности: молиться, поститься и др.), как оппозиция «правам человека» (*хакк-адам*), дарованным Богом, которыми человек пользуется наряду с другими людьми. Данный пример напоминает талмудическую разницу между законом «*бейн адам ле-маком*» (между человеком и Богом) и законами «*бейн адам ле-хаверо*» (между человеком и человеком)¹⁰⁵.

Лоуренс Розен пишет, что арабский *haqq* «представляет собой полисемантическое понятие и обычно переводится как «право», но его применение намного разнообразнее и гибкое. В основном *haqq* это распределение прав и обязанностей, которые составляют суть человеческого существования, и поэтому *haqq* также может означать «реальность» и «правду»¹⁰⁶. Более того, как вытекает из анализа А. Смирнова¹⁰⁷, термин *haqq* содержит в себе понятие должного владения (*due possession*) – система intersубъективных взаимоотношений, определяющая права и обязанности. Это соответствует русскому понятию «правоотношение»¹⁰⁸.

¹⁰⁵ См.: *Wegner J. R. Islamic and Talmudic Jurisprudence: The Four Roots of the Islamic Law and the Their Talmudic Counterparts // American Journal of Legal History. 1982. Vol. 26. P. 52, n. 151.*

¹⁰⁶ *Rosen L. Justice of Islam, Oxford, 2000, P.156.*

¹⁰⁷ *Smirnov A. "Understanding Justice in the Islamic Context: Some points of Contrast with Western Theories" // Philosophy East and West 1996 (46)3, PP.337-350.*

¹⁰⁸ В российской правовой доктрине существует представление о правоотношении (юридическом отношении, правовом отношении) в двойном значении: «узком» и «широком». В «узком» смысле, сторонником которого был Кистяковский Б.А., правоотношение понимается как субъективное право и юридическая обязанность, т.е.

Итак, теперь мы можем теперь сделать предварительные выводы. Во-первых, несмотря на наличие синонимического ряда понятия «право» в иврите (*галаха, мишпат, дин, хок, асура*), термин «галаха» выступает *основным*¹⁰⁹ по отношению к другому наименованию — «праву». Надо учитывать, что в то время юридические конструкции только входили в оборот и их употребление отличалось неустойчивостью и незавершенностью¹¹⁰. Это касается как восточной, так и западной традиции права. Как пишет Г. Дж. Берман: «Некорректно было бы сказать, что в римском праве эпохи Юстиниана и до нее не было общих понятий вообще <...> Однако эти понятия не воспринимались как идеи, пронизывающие все нормы и определяющие их применимость. Они не рассматривались с философской точки зрения <...> Понятия римского права были привязаны к определенным юридическим ситуациям. Таким образом, можно сказать, что хотя в римском праве присутствовали

эти понятия отождествляются. Подробнее см.: *Кистяковский Б.А.* Философия и социология права. СПб., 1998. С.212-213. В «широком» смысле правовое отношение трактуется как реальное правовое явление, обладающее определенной структурой и основными элементами которой выступают стороны (субъекты правового отношения), субъективные права и юридические обязанности сторон, а также объект правоотношения. Подробнее см.: *Трубецкой Е.Н.* Энциклопедия права. СПб., 1998. С.152-188. Классическая работа по теории правоотношения принадлежит перу С.Ф. *Кечекьяна*: Правоотношения в социалистическом обществе. М., 1958.

¹⁰⁹ Сравните: «Производное *thāman* (снкр. «закон») подразумевает, таким образом, ‘основание’, в равной мере относящееся к установленному. Созданному, и к месту, где нечто расположено, установлено; оно обозначает и область пространства, местоположение, и помещаемую в нем, явленную в мир вещь. Отсюда понятно и как *thāman* обрело значение ‘закон’. Изначально ‘закон’ был ‘(об)основанием’, объектом созидания, обретающим тем самым бытие. *Бенвенист Э.* Словарь индоевропейский социальных терминов. М., 1995, С.300.

¹¹⁰ *Черданцев А. Ф.* Логико-языковые феномены в праве, юридической науке и практике. Екатеринбург, 1993. С. 151.

понятия, там отсутствовало определение самого понятия»¹¹¹. Во-вторых, *галаха*, как и *шариат*, в первую очередь неразрывно связана с религиозным контекстом. Не случайно, одно и то же слово *дин* означает на иврите «закон», а на арабском — «религия». В-третьих, *галаха* — это не только совокупность или корпус правовых текстов, но и посредник между традицией как объективной данностью и человеком. Последнее будет важно для нас при изучении принципа «*ло бе-шамаим хи*».

1.2. Принцип «Не на небесах Галаха»

При изучении еврейской правовой системы, прежде всего, возникает вопрос: как при отсутствии государства¹¹² и институтов принуждения¹¹³

¹¹¹ Берман Г. Дж. Западная традиция права: эпоха формирования. М., 1994. С. 151–152.

¹¹² Мысль о том, что право неразрывно связано с государственным образованием, отстаивали приверженцы юридического позитивизма. По Д. Остину (1790–1859), право — выраженный в виде определенных правил приказ суверенного правителя. Это позволяет ему сделать вывод, что «предмет юриспруденции составляет позитивное право, право в простом и надлежащем смысле этого слова, право, устанавливаемое политически господствующим для политически подчиненного» (*Антология мировой правовой мысли: В 5 т. / Рук. Г. Ю. Семигин. М., 1999. Т. 3: Европа. Америка: XVII–XX вв. С. 400*). Русский апологет юридического позитивизма Г. Ф. Шершеневич прямо

еврейское право могло функционировать и развиваться в течение двух тысяч лет. Некоторые исследователи полагают¹¹⁴, что право не есть система институционального порядка и социального контроля, созданная не связанными между собой автономными институтами, и это не система абстрактных объективных правил. Право — это система понятий, постоянное осуществление повинностей и желаний определенного общества, которое не основано на государственном принуждении. Одним из первых об этом заговорил американский антрополог Б. Малиновский. Сам ученый едва ли претендовал на разработку общей теории права, но сформулированное им на основе антропологического материала определение права — *система связывающих обязательств, рассматриваемых как право, присущее одной стороне, и признаваемых как обязанность другой стороны*¹¹⁵, — стало заметной вехой в развитии юридической антропологии. Критерий права Б. Малиновский находит не в существовании централизованной принудительной власти, кодексов и судов, а в реальной сумме обязательств, обязанностей и привилегий,

указывает на связь право с государством: «Право составляет явление государственной жизни, а потому его понятие может выясняться только на фоне понятие о государстве» (*Шершеневич Г. Ф. Общая теория права. М., 1910. С. 122*).

¹¹³ О принуждении говорил и австрийский нормативист Г. Кельзен (1881–1973): право как социальный порядок отличается от других социальных порядков тем, что оно поддерживается принуждением, то есть «акт, предусмотренный порядком в качестве последствия социального вредного действия, должен осуществляться также и против воли его адресата, а в случае сопротивления с его стороны — и с применением физической силы» (*Кельзен Г. Чистое учение о праве. М., 1987. С. 51–52*). Подробнее о концепциях правопонимания см.: *Проблемы общей теории права и государства* / Под ред. В. С. Нерсесянца. М., 1999. С. 87–90, 136–187.

¹¹⁴ *Stone S. L.*: 1) *The Pursuit of the Countertext: The Turn to the Jewish Legal Model in Contemporary American Legal Theory* // *Harv. L. Rev.* 1993. Vol. 106. P. 813; 2) *Judaism and Postmodernism* // *Cardozo L. Rev.* 1993. Vol. 14. P. 1681–1712.

¹¹⁵ *Malinowski B. Crime and Custom in Savage Society. London, 1926. P. 58.*

которые связывают людей. Взаимный атрибутивный характер связи делает ее правовой¹¹⁶.

Для известного американского теоретика конституционализма Р. Кавера¹¹⁷, ведущего исследования в том же направлении, что и Б. Малиновский, еврейское право представляет собой концептуальную модель юридической системы, в которой закон определяет скорее значение, нежели институциональный порядок и социальное принуждение. Данная идея была впервые представлена в статье «Nomos and Narrative», опубликованной в «Harvard Law Review» в 1983 г.¹¹⁸. В этой работе он сопоставляет две концепции закона: закон как система социального порядка и закон как система значения. Развивая свою мысль, Р. Кавер говорит, что *in common* юридическая система организована ради соблюдения индивидуальных прав, что мешает созданию общества, те, кто ее создают, прежде всего, преследуют свои цели. Более того, эти права даже не понятны: вряд ли мы знаем, кому они принадлежат и каким образом должны функционировать. Однако в галахе закон прямо адресован каждому члену общины и детально структурированы обязательства каждого человека перед окружающими и перед Богом; таким образом, каждый член общины может исполнять закон самостоятельно, без постоянного обращения к юридическим

¹¹⁶ Здесь можно сравнить со знаменитым разделением право и морали у Л.И. Петражицкого, согласно которому наличие атрибутивной (управомочивающей) составляющей и является, по мысли ученого, сутью права, отличающей его как специфическое явление от всех других явлений, в первую очередь от моральных эмоций. *Петражицкий Л.И.* Теория права и государства в связи с теорией нравственности, СПб., 2000, С.50.

¹¹⁷ *Cover R. M.* Obligation: A Jewish Jurisprudence of the Social Order // J. Law & Religion. 1987. Vol. 65. P. 72–139.

¹¹⁸ *Cover R.M.* Nomos and Narrative // Harvard Law Review Vol. 97:4, 1983. P.4-68.

посредникам¹¹⁹. И поэтому член общины должен обращаться к закону, занимаясь любым общественным делом, при этом государственного принуждения не требуется, поскольку невыполнение закона влечет исключение из общины. М. Зильберг¹²⁰ пишет: «Еврейское право, если его можно так назвать, — право без судей. Это не право, указывающее *даяну*, как принимать решение, а право, учащее как человеку жить»¹²¹.

Другими словами, следуя концепции Фон Хайека, можно утверждать, что еврейское средневековое право принадлежало к типу самопроизвольного, добровольного порядка, субъекты которого при

119

Подобный вид нормы философ и экономист, лауреат Нобелевской премии по экономике за 1974 г. Ф. фон Хайек (1899–1992) называет «spontaneous order» — «самопроизвольный порядок». «Имеются несколько терминов подходящих для описания каждого вида порядка. Созданный порядок, который мы всегда считаем как внешний порядок или договоренность может быть также описана как конструкция, искусственный порядок, или там где мы имеем дело с управляемым общественным порядком, как *организация*. С другой стороны, возникший порядок мы относим его к самогенерированному или внутреннему порядку, в английском языке более распространено понятие - *самопроизвольный порядок*. Классическому греческому более удачно удалось выразить различие между этими словами, а именно, *taxis* — для созданного порядка, того как например, битва, и *kosmos* — для возникшего порядка, дословно значащий «правильный порядок с государстве или в обществе». Мы можем использовать эти греческие слова для себя как технические термины для описания этих двух видов порядка». (*Hayek F. von. Law, Legislation and Liberty: In 3 vols. London, 1989. Vol. II. P. 37; Хайек Ф. фон. Право, законодательство и свобода. М., 2006. С.41*).

¹²⁰ Моисей Зильберг (1900 – 1975) — судья Верховного суда Израиля, профессор права в Еврейском университете в Иерусалиме. Награжден премией Израиля.

¹²¹ *Zilberg M. Kah Darko shel Talmud. Yerushalayim, 1969. P. 52.*

взаимодействии руководствовались методом координации, а не субординации¹²².

Р. Кавер¹²³ связывает способность галахической системы существовать без верховного суда, без системы государственного принуждения со следующим принципом. Галахическая система развивала узаконенный принцип для неиерархической системы власти, которая дала возможность для определенной степени интерпретации и даже, по его мнению, поведенческого плюрализма. Этот талмудический принцип был порожден правовым диспутом между школой Гилеля и школой Шама¹²⁴, когда Божий голос произнес: «Эти и те — слова Живого Бога»¹²⁵. Данный принцип часто связывают с современным изучением другой фундаментальной идеи о том, что галаха есть человеческая деятельность. Эта концепция отражена в известной легенде о «печи Ахнаи»¹²⁶, рассказывающей о вмешательстве небесного голоса в галахический диспут между учениками рабанана Йоханана, рабби Игошуа бен Хананья и рабби Элизера бен Горкануса, его постоянного антипода, по поводу

¹²² Конечно, следует учитывать, что такие отношения могли складываться только внутри еврейской общины, взаимодействие с внешней властью строилось на принципе субординации. К тому же, в рамках общины могли выстраиваться барьеры к саморегуляции, поскольку, как замечает Ф.Хайек, «в любой даже самой маленькой человеческой группе сотрудничество будет всегда основываться как на самопроизвольном порядке, так и на обдуманной организации». *Hayek F. von. Op. cit. P.46.*

¹²³ *Cover R. M. Op. cit. P. 45.*

¹²⁴ Гилель и Шамай (I в. н. э.) — главы двух галахических школ, первая стремилась облегчить выполнение предписаний иудаизма и приспособить их к условиям жизни, вторая же отличалась строгостью, ригоризмом и нетерпимостью к малейшим отклонениям от установленных норм.

¹²⁵ Вавилонский Талмуд. Трактат «Ерувин», 13 б; см.: *Талмуд. Мишна и Тосефта / Пер. Н. А. Переферковича. СПб., 1899–1906.*

¹²⁶ «Бава Меция», 59 а–б; цит. по: *Вавилонский Талмуд. Трактат «Бава Меция».*

«змеевидной печи». Вопрос (סוגיא) заключался в том, принимает ли печь, состоящая из цепочки отдельных звеньев, ритуальную нечистоту (טומאה), когда соприкасается с ритуально нечистой вещью. По мнению рабби Элиэзера, печь чиста, остальные считали, что она осквернена.

«В тот день ответил р. Элиэзер на все вопросы, и не приняли их от него. Сказал он — если галаха по-моему, дерево харув подтвердит это. И оторвалось дерево от земли на 100 ама, а некоторые утверждают — на 400 ама. Ответили ему — харув не доказательство. Тогда сказал он им — если галаха по-моему, водный канал подтвердит. И повернули вспять воды. Ответили ему — вода не доказательство. Тогда он снова сказал им — если галаха по-моему, стены бейт-мидраша подтвердят это. И наклонились стены и начали падать. Вскричал р. Иегошуа — если талмидей-хахамим спорят между собой, кто вы, чтобы вмешивались. И не упали стены в знак уважения к раби Иегошуа, но и не выпрямились в знак уважения к раби Элиэзеру и остались наклонными. И снова сказал раби Элиэзер — если галаха по-моему, Голос с небес подтвердит это. И послышался Голос с неба и сказал им — что вы хотите от раби Элиэзера, который во всем прав. Встал раби Иегошуа и сказал — не на небесах галаха (לא בשמיים היא)¹²⁷, так как уже дарована Тора на горе Синай. И не решает для нас Голос с небес, ибо сказал Ты на горе Синай: следуй за большинством» (Исх 23:2).

Затем последовал диалог между раби Натаном и раби Элияху: «Что делал Всевышний во время дискуссии раби Элиэзера с раби Иегошуа и его товарищами?». Он, улыбнувшись, произнес: «Мои дети превзошли меня».

¹²⁷ “לא בשמיים היא” — толкование законов, даже данных свыше, поручено людям (Втор 30:12).

Комментируя этот пассаж, израильский исследователь еврейского права И. Энглард отмечает, что «такая концепция иудаизма фундаментальна для понимания догматического отношения между Писанным и Устным Законом и непосредственно формирования галахи»¹²⁸.

Другой вывод делает М. Зильберг: «В этой агаде, как и в главе из Иерусалимского Талмуда, обнаруживается характерная особенность еврейского права. Здесь “закон властвует” в абсолютном значении этого выражения, здесь существует слияние закона и законодателя, причем Законодатель сам является частью всей системы юридических и судебных отношений, созданных Им же. Он соблюдает все повеления Торы, то есть признает над Собой авторитет закона, более того, подчиняется его аутентичному толкованию, данному комментаторами, призванными к этому. Иными словами, Он принимает на Себя юридическую зависимость от авторитетного органа — большинства талмудистов, уполномоченных Им для разрешения сомнений, даже тогда, когда Ему эти сомнения не кажутся таковыми вовсе. Если закон принимается согласно мнению большинства, как было указано выше, следует принять решение в соответствии с ним, даже если один из стоящих перед судом Торы — сам Даровавший Тору. Это идея великой важности, выходящая за рамки нашего обычного восприятия, но можно сделать один достаточно ясный вывод: сфера действия еврейского права не ограничивается только человеческими взаимоотношениями. В системе юридических отношений находят свое отражение также и отношения между евреем и Вездесущим, являющиеся не чем иным, как отношениями между евреем и его внутренним религиозным и этическим чувством в самом себе, которые

¹²⁸ Englard I. The Problem of Jewish Law in the Jewish State // Israel Law Review. 1968. Vol. 3. P. 256.

входят составной частью в систему юридических категорий, созданных законодателем»¹²⁹.

Еврейская юридическая традиция признает существование разного рода противоречий, различных взглядов и осознает саму плюралистическую природу права. Конечно, необходимо согласиться с тем, что не все в еврейской истории придерживались такого мнения и в разные периоды не раз поднимался вопрос о сущности *галахи*, то есть в конечном итоге о границах интерпретации Торы при помощи *мидрашей*. Например, Маймонид трактует принцип «Не на небесах она» в «Мишне Тора» как запрет пророку менять Закон под страхом казни через удушение, поскольку «злоумышленно говорил во имя Божье то, чего он не заповедовал ему. Ибо Всевышний, благословен Он, сказал Моше, что заповеди эти нашим детям во веки веков, и «не человек — Бог, чтоб ему лгать» (Числ 23:16)¹³⁰.

Комментируя этот пассаж, Э. Урбах признает, что «Рамбам лишает пророка законодательных полномочий, позволивших ему устанавливать галаху посредством пророчества, однако это не мешает ему отвести пророкам место в цепи передачи Устной Торы»¹³¹.

Однако другие мыслители, рабби Иехуда Ха-Леви¹³² или Авраам ибн Дауд из Поскьера¹³³, не видели никакой надобности в ограничении полномочий

¹²⁹ *Halacha, Agada ve-Etika*. Yerushalayim, 1971.

¹³⁰ *Rambam. Mishne Tora*. Yerushalayim, 1956. P. 9.1.

¹³¹ *Urbah A. Galaha ve-Neviut // Tarbiz*. 1947. Vol. 26. P. 18.

¹³² Ха-Леви Иегуда (полное имя — Иегуда бен Шмуэль га-Леви, ha-Levi) (ок. 1075, Тудела — 1141, Египет) — один из крупнейших средневековых еврейских поэтов и философов. Полное название его труда: «Книга доказательств и доводов в защиту униженной веры» (كتاب الحوغة الضليل في نصر الدين الدليل).

¹³³ Авраам ибн Дауд (Раавад, 1125? — 1198) — автор талмудических комментариев, кодификаций и критических толкований работ Маймонида и других ученых.

пророков, священников и судей¹³⁴. Здесь сталкиваются две концепции права¹³⁵. Маймонид придерживается естественно-правового подхода, который в еврейской интерпретации подается как превосходство Божественных (в том числе природных) моральных законов, переданных через Моисея на горе Синай, над законами, созданными человеком. Другие исследователи были ближе к концепции позитивизма или, скажем так, придерживались более рационального отношения к закону как результату законодательной деятельности человека.

Д. Ллойд утверждает, что «иудейский взгляд на божественный закон действительно возник как результат отождествления права и морали, поскольку подлинным законом признается тот, в котором воплощалась воля Божья. Все же другие указы, исходившие от властей, не признавались таковыми»¹³⁶. Из этой концепции автор выводит два следствия: во-первых, «любой потенциальный конфликт между созданным человеком правом и моралью однозначно решался в пользу

¹³⁴ *Urbah A.* Op. cit. P.19.

¹³⁵ Как правильно замечает И. Ю. Козлихин по поводу этих подходов, которые научно были разработаны лишь в XIX в., необходимо учитывать конвенциональность и условность их названия: «Действительно, эта дискуссия имеет давние корни в европейском правоведении и приобретает в нем познавательный смысл. Однако европоцентризм, свойственный европейцам, приводит к тому, что они склонны использовать привычные понятия при исследовании иных культур. Поэтому мы пишем и читаем о юридическом позитивизме в древнем Китае и там же легко находим естественно-правовые концепции, изучаем право ислама, индуизма, древнее право по примеру Г. Мейна и т.д. Собственно в такого рода словоупотреблении нет ничего негативного, если пишущий и читающий понимают степень условности, конвенциональности термина права в таком контексте. Если же этого понимания нет, то мы рискуем превратить правоведение в нормологию, т. е. учение о нормах» (см. *Козлихин И. Ю.* Позитивизм и естественное право // Государство и право. 2000. № 3. С. 11).

¹³⁶ *Ллойд Д.* Идея права. М., 2002. С. 55.

последней путем толкования всех действующих законов в качестве воплощения морального закона. Такая ситуация таит в себе опасность, которую особенно подчеркивает второй аспект изложенной выше иудейской концепции»¹³⁷. Во-вторых, источник морального закона находится во власти тех, кто может убедить себя и других в своей боговдохновенности, что приводит к неограниченным возможностям для субъективного толкования.

В соответствии с логикой Д. Ллойда подход Маймонида согласуется с отождествлением права и морали и основывается на утверждении превосходства божественных законов над нормотворчеством человека. Однако, отказывая пророкам в законодательных полномочиях, Маймонид наделяет правом комментировать Тору священников, левитов и судей, «которые будут в те дни...» (Втор 17:9). Известно и более подробное описание функций левитов: «...левиты разъясняли народу Закон, и народ стоял на местах своих. И читали из книги, из Закона Божия, внятно, переводя и толкуя, и народ понимал прочитанное» (Неем 8:7–8). Согласно тому же источнику, публичное чтение библейских текстов с комментариями стало социальным установлением начиная с 538 г. до н. э., после возвращения изгнанников из Вавилона в Иерусалим¹³⁸.

Таким образом, следуя логике Маймонида, создается некий паритет: декларируется отказ устанавливать галаху и одновременно постулируется возможность (даже необходимость) изучения Торы путем ее углубленной интерпретации талмудическими мудрецами в мидрашах. Интерпретирующий признак заложен в принципе: לָמַד מִלְּמַד בְּקִדְשֵׁיִם (ламед миламед бекодашим), который значит, что «для всех законов Торы, галаха, полученная в результате применения правил комментирования,

¹³⁷ Там же.

¹³⁸ Бен-Амос Д. Еврейская народная литература / Пер. с англ. Е. Э. Носенко. М., 2004. С. 44.

имеет ту же ценность, что и галаха, упомянутая в тексте Торы»¹³⁹. Здесь ставится знак равенства между галахот *де-орайта* и галахот *де-рабанан*, а также разрешается один из фундаментальных вопросов еврейской традиции: использовалась ли интерпретация Письменной Торы для выведения новых законов? Иными словами, что было раньше: галаха или мидраш? Может быть, мидраш предшествовал галахе, и на основе интерпретации текста Торы мудрецы выводили новые законы? Тогда галаха возникла в результате изучения Писания. Или же наоборот: галаха предшествовала интерпретации, а ее основы содержались в традиции. И лишь позднее мудрецы стали искать и находить в письменной Торе тексты, которые могли бы послужить обоснованием для уже существующего закона¹⁴⁰.

Рассматривая галахические мидраши эпохи Мишны и Талмуда, Х. Альбек приходит к выводу, что существовали и использовались оба способа создания галахи. В одних случаях мудрецы выводили отдельные законы из текста Писания, в других — законы появлялись раньше, чем соответствующие им толкования, которые лишь «привязывали» их к тому или иному стиху из Танаха¹⁴¹.

Другую теорию в свое время выдвинул Э. Урбах. По его мнению, в развитии мидрашей существует ряд исторических этапов. В начале эпохи Второго Храма галаха была институциональной, то есть устанавливалась по усмотрению руководящих органов еврейской общины, а не на основе толкования Письменной Торы и не путем умозрительных рассуждений. В этот период галаха базировалась в основном на традиции и

¹³⁹ Штейнзальц А., *рав.* Введение в Талмуд / Пер. с ивр. и англ. З. Мешкова. Иерусалим, 1993. С. 182.

¹⁴⁰ Агур Й. Введение в Устную Тору: курс Открытого университета: в 2 ч. / Пер. Р. Лапидус. Тель-Авив, 2001. Ч. 2. С. 77.

¹⁴¹ *Albek S. Mavo le-Mishna...* P. 235–237.

постановлениях, а интерпретация стихов Торы служила лишь для связи существующих законов с Писанием. К концу эпохи Второго Храма, «когда изучение Торы распространилось в широких слоях населения, во всех социальных группах увеличилось число книжников и интерпретаторов; накопленные ими знания переняли члены судов (бейт-динов) и Синедриона¹⁴². Однако процесс признания интерпретации в качестве основания галахи шел медленно. Он начался и стал набирать силу по мере ослабления органов еврейского самоуправления, расшатывания основ общественного устройства и утраты Синедрионом части полномочий»¹⁴³.

Таким образом, до разрушения Второго Храма мудрецы подчеркивали, что они не меняют порядок, а лишь исправляют неполадки. Данный подход был выражен, в частности, в названиях принимаемых ими решений. Так, одним из двух видов решений, выносимых мудрецами, являлось *таканта* (אָתְנָתָא); это слово образовано от корня אָתַן со значением «исправлять ситуацию», сложившуюся в результате изменения условий. Второй вид решений — *гзера* (הַגְזָרָה), производное от глагола со значением «отрезать», «вырезать», «приказывать», «выносить решение». Они

¹⁴² Система судов в Израиле до разрушения Второго Храма выглядела так: в поселениях, где было менее 120 жителей, располагался бейт-дин в составе трех судей. Этот суд был полномочен решать только финансовые споры. Во всех городах с более многочисленным населением учреждался малый Синедрион, то есть суд, состоящий из 23 судей и наделенный правом выносить смертный приговор. Кроме того, в районе Храмовой горы находились три суда: два бей-дина (в каждом по 23 судьи) перед входом на Храмовую гору и перед входом во внешний двор Храма, а также Великий Синедрион в составе 71 судьи (включая председателя — *наси*), который ежедневно заседал в самом Храме. См. подробнее: Вейсман М., *рабби*. Мидраш рассказывает: Дварим. Иерусалим, 1997. С. 219–263.

¹⁴³ Urbah A. Midrash ke-basis le-Halacha ve bayah shel “sofrim” // Tarbiz. 1958. Vol. 27. P. 175.

принимались с целью оградить человека от возможного нарушения закона Торы по ошибке¹⁴⁴. Другими словами, мудрецы, принимавшие решения, пытались не установить новый порядок, а исправить или даже «улучшить», «преобразовать» мир, поскольку мир и человек постоянно находятся в процессе становления¹⁴⁵.

Однако со временем, после разрушения Второго Храма в 70 г., исключительные полномочия разрешать все возникающие проблемы, связанные с галахой, были переданы мудрецам, которые и выступали в качестве судей¹⁴⁶. Как пишет известный современный французский юрист, в прошлом судья, «если юридическая система может существовать без законодательной и исполнительной власти, то, напротив, без судьи, способного высказаться о толковании правил и регламентировании споров, она обойтись не может»¹⁴⁷. Это понимали и мудрецы, стремившиеся подчеркнуть свои полномочия комментировать Тору и

¹⁴⁴ Подробнее см. глоссы на с. 79 к «Бава Меция», 5 а–б (см.: *Вавилонский Талмуд. Трактат «Бава Меция»...*); *Бава Меция* / Пер. и ред. З. Мешкова. Иерусалим, 1995.

¹⁴⁵ О представлении времени у евреев см.: *Тантлевский И. Р. История Израиля и Иудеи до Разрушения Первого Храма*. СПб., 2007. С. 248–256.

¹⁴⁶ Однако, как показывает М. Элон, во многих местах по причине отсутствия знатоков Торы и во избежание обращения к нееврейским судебным инстанциям формировались «суды простых людей» (*батей дин шель хедиетот*), в которых велись только разбирательства по гражданским делам (Элон М. Указ. соч. С. 49–54).

¹⁴⁷ *Гарпон А. Хранитель обещаний: суд и демократия* / Пер. с фр. Г. В. Чуршукова. М., 2004. С. 44. В подтверждение своих слов, он приводит отрывок из речи Порталиса, произнесенной 14 декабря 1801 г., во время обсуждения Гражданского кодекса: «Судьи существовали до появления законов; эти суды во времена безграмотности и грубости были среди людей министерствами справедливости; они являются таковыми и сейчас, когда уже не управляются “писаными” законами; и, следовательно, они не могут, под предлогом неясности законов и полного отсутствия соответствующих указаний в законе, произвольно приостанавливать свою деятельность» (там же).

продолжать творческую деятельность, они трактовали библейских стих «Не уклоняйся от слова, которое они скажут тебе, ни вправо, ни влево» (Втор 17:11) так: «...даже если они показывают тебе, что правое находится слева, а левое находится справа, — верь им»¹⁴⁸.

Израильская исследовательница Б. Беркович раскрывает метод, благодаря которому раввины завоевали свой авторитет. В частности, она пишет: «...с помощью юридических письменных установлений раввины пытались создать жизнестойкую альтернативу эллинистической культуре палестинских евреев, и свое намерение они воплотили в сконструированном ими же мире, где нарушители законов Торы наказываются раввинистической властью. В дискурсе о смертной казни раввины (мудрецы) стремились укрепить позиции раввинистической власти. Для достижения этой цели они вступали в диалоги с Библией, со своими еврейскими современниками и с римской имперской культурой»¹⁴⁹.

В этом контексте различие между чтением и устным толкованием кажется наиболее значимым, поскольку, как гласит авторитетное изречение, «...слова, которые записаны, ты не можешь произносить по памяти, а слова, передаваемые изустно, ты не волен цитировать из написанного»¹⁵⁰. В другом отрывке сказано: «...слова, полученные через устные предания, тебе не дозволено читать из написанного, а написанное тебе не дозволено произносить по памяти»¹⁵¹. Подобные логические

¹⁴⁸ Мидраш «Сифрей». Цит. по: *Элон М.* Указ. соч. С. 235.

¹⁴⁹ *Bercovitz B. A.* Execution and Invention: Death Penalty Discourse in Early Rabbinic and Christian Cultures. Oxford, 2006. P. 7.

¹⁵⁰ Вавилонский Талмуд, трактат «Гитин», 60 б; цит. по: *Талмуд.* Мишна и Тосефта... С. 114.

¹⁵¹ Вавилонский Талмуд, трактат «Гемура», 14 б; цит. по: *Талмуд.* Мишна и Тосефта... С. 229.

правила рецитации библейского текста помогали проповедникам (ивр. *даршаним*) и их помощникам (ивр. *метургеман* (букв. переводчик) или *амора*) донести святой текст на публичной проповеди (ивр. *пирка*). По утверждению И. Касовски, законоучителями более раннего времени (I в. до н. э.), которых традиция рассматривает как *даршаним*, были мудрецы Шемайя и Авталион. Позднее проповедники развивали толкование двух основных направлений устной традиции: одни специализировались в области права и были известны как *баалей галаха*, в то время как другие, сосредоточившиеся на преданиях, стали именоваться *баалей аггада*¹⁵².

Не пытаясь разглядеть единственно аутентичную божественную интенцию, раввинистические интерпретаторы признают существование различных истин. В результате Бог становится незримым «гарантом» правовой системы, в основу которой положена Тора, а интерпретаторы разъясняют смысл права¹⁵³.

1.3. Между позитивным правом и юснатурализмом в исламе и иудаизме

В контексте обсуждавшихся ранее вопросов представляет интерес тот факт, что в исламской культуре не сложилось практики «следования за

¹⁵² *Kosovsky Y. M.* Ha-Meturgeman ba-drashah ha-tsiburit (pirka) be-veit ha-knesset // Sinai. 1959. Vol. 5. P. 233–243.

¹⁵³ *Stone S. L.* Judaism and Postmodernism... . P. 116.

большинством». На это указывает Б. Льюис: «Исламское право не знакомо с корпорацией юристов. Исламская история демонстрирует отсутствие каких-либо советов или коммун, синодов или парламентов, выборных или представительных ассамблей. Интересно, что никогда мусульманские юристы не признавали принцип решения большинства. Нельзя не отметить, что и впоследствии необходимость в процедуре общего принятия решения так и не появилась. На небе — один Бог, на земле — не суд, а один судья, не государство, а единоличный правитель»¹⁵⁴.

Однако вопрос об индивидуальной интерпретации шариата был предметом острой дискуссии среди последователей четырех юридических школ. Началом формирования классического мусульманского права можно считать VII–VIII вв., когда начались складываться четыре юридические школы (*mathhab*, мн. ч. *mathahib*):

- *Шафитскую школу* возглавлял Мохаммад аш-Шафии (767–820), который сформулировал понятие «источники права» (*usul al-fiqh*)¹⁵⁵, разграничил их между собой и установил иерархию.
- *Ханифитская школа* действовала под руководством Абу Ханифа ибн Сабита (699–767), который «в своих суждениях избегал крайностей и опирался как на коранические, так и на рациональные доказательства. В качестве главных источников он брал Коран, Сунну, *иджму* (консенсус) и *кияс* (аналогию). Для

¹⁵⁴ Lewis B. The Shaping of the Modern Middle East. New York, 1994. P. 7–8.

¹⁵⁵ Буквальное значение — «корни права». Такая метафора сравнивает право с деревом. Ср.: «Она дерево жизни для тех, для тех, которые приобретают ее, — и блаженны, которые сохраняют ее» (Кн.Притч 3:18). В трактате «Брахот», 32б Вавилонского Талмуда говорится по поводу этого стиха: «...“дерево жизни” означает Тору» (цит. по: *Вавилонский Талмуд, трактат «Брахот»*. Тель-Авив, 2008).

его подхода к праву характерно преобладающее использование кияса и личного мнения, основанного на здравом смысле»¹⁵⁶.

- *Маликитская школа* названа по имени своего основателя — имама Малика ибн Анаса. Маликиты придерживаются «интуитивного стиля» в исламе. Как и ханифиты, они допускают возможность руководствоваться обычаем, делая при этом поправку: обычай этот должен быть мединским (арабским), так как там сложилась наиболее благоприятная культурно-историческая среда для проповедей пророка Мухаммеда.
- *Ханбалитская школа* — самая строгая (основатель — Ахмад Ибн Ханбаль (778–855)); отрицая *иджму* и *кияс*, она отдавала предпочтению дословному пониманию Корана и Сунны¹⁵⁷.

Необходимо указать, что в ранний период развития ислама в деятельности вышеперечисленных трех суннитских школ (ханифитской, маликитской и шафиитской) появляются две различные тенденции осмысления природы авторитетных источников: разъяснительная, или дискурсивная, и полемическая¹⁵⁸.

Первая тенденция, приверженцев которой позже назовут *ахль ар-ра'й* или *асхаб ар-ра'й*, то есть «людьми собственного суждения», рассматривала закон как повод для выражения мнения. Ее сторонники высказывали свое собственное понимание того, что является правильным

¹⁵⁶ Хайдаров М. С. Основные направления и школы мусульманского права // Мусульманское право: структура и основные институты / Ред. кол.: Л. Р. Сюкияйнен, В. Е. Чиркин, Ю. А. Юдин. М., 1984. С. 38–48.

¹⁵⁷ Несмотря на то, что Ахмад ибн Ханбаль происходил из Багдада, эта школа получила свое распространение в современной Саудовской Аравии и Катаре. Одним из известных последователей этого направления был ибн Таймия (1263–1328). См.: *The Oxford Encyclopedia of the Modern Islamic World: In 4 vols.* / Ed. J. L. Esposito. New York, 1984. Vol. 2. P. 461.

¹⁵⁸ См.: *Calder N. Studies in Early Muslim Jurisprudence.* Oxford, 1993.

с точки зрения ислама, учитывая при этом специфику каждого конкретного дела. Согласно Б. Дж. Вайссу, появление *ахль ар-ра'и* было обусловлено тем, что, когда эти ученые начинали свою работу по формулированию правовых норм, мусульманские «канонические» тексты еще окончательно не сложились, особенно это касается обширного корпуса преданий — *хадисов*¹⁵⁹.

Вторая тенденция — полемическая, ее адепты опирались как на суждения правоведов разных поколений, так и на высказывания сподвижников Пророка и на самого Пророка. Позже именно приверженцы этого направления *ахль ал-хадис*, или «знатоки преданий», стали доминировать и совсем вытеснили *ахль ар-ра'и*. Н. Колдер доказывает, что со временем в трудах по праву происходит переоценка роли отцов-основателей: первоначально они сами по себе считались авторитетными учеными, а потом стали проводниками учения Пророка. Так же как и *ахль ар-ра'и*, эти люди занимались разработкой норм, регулирующих повседневную жизнь мусульман, однако отказывались признать решающую роль человеческих суждений или озарений в процессе их формулирования. Своими задачами они считали сбор, классификацию и запоминание высказываний Пророка и рассказов о его деяниях. Рассказы о деяниях Пророка известны под общим названием «Сунна» (обычай или традиция) Пророка¹⁶⁰.

С учетом изложенного выше позиция Маймонида на первый взгляд аналогична позиции *ахль аль-хадис*. При этом необходимо отметить, что за сто лет до него, в IX–X вв., в исламском правоведении произошло

¹⁵⁹ Вайсс Б. Дж. Дух мусульманского права. М., 2008. С. 21.

¹⁶⁰ О хадисах подробнее см.: Бертон Дж. Указ. соч. М., 2006, а также классические сочинения: Schacht J.: 1) Origins of Muhammadan Jurisprudence...; 2) Introduction to Islamic Law....

«закрытие врат иджтихада» (ар. *insidab bab al-ijtihad'*)¹⁶¹, то есть прекратилась практика свободного суждения по поводу текстов Писания.

Поэтому мысль Маймонида о том, что пророку воспрещено менять Закон под страхом казни через удушение, не кажется настолько ригористичной. Дж. Шахт описывает процесс «закрытия врат иджтихада»:

«Однако, к началу 4 века по Хиджре (ок. 900 г. н. э.) сложилась ситуация, когда ученые всех школ почувствовали, что все основные вопросы обсуждены и до конца разрешены, и пришли к единому мнению, что отныне ни один из них не будет квалифицировать закон по собственному суждению и в дальнейшем их деятельность будет направлена на разъяснение, применение и особенно на интерпретацию доктрины, руководствоваться которой должны все»¹⁶².

После «закрытия врат иджтихада» в мусульманской среде получил распространение *таклид*¹⁶³ — неукоснительное следование средневековым авторитетам, сочетающееся с убежденностью в их

¹⁶¹ Ijtihad (букв. усердие, прилежание, настойчивость) — поиск правил поведения на основе рационального, но субъективного толкования постулатов и положения Корана и Сунны в том случае, если в этих источниках обнаруживаются пробелы. Рассуждение о том, закрылись ли ворота иджтихада, см.: *Hallaq W. B. Was the Gate of Ijtihad Closed? // International Journal of Middle East Studies. 1984. Vol. 16. P. 314–352; Nyazee Imran A. K. Theories of Islamic Law: The Methodology of Ijtihad. New Delhi, 2007.*

¹⁶² *Schacht J. Introduction to Islamic Law. P. 70–71.*

¹⁶³ После IX в. существовала концепция *taklid*'а (букв. имитация, подражание), то есть строгого следования нормам. «Таклид стал нормой и привел к превращению юридических и богословских школ в отдельные и замкнутые секты. Иджтихад стал считаться греховным» (*Maududi A. A. A short History of the Revivalist Movement in Islam. Lahore, 1979. P. 65–66; Hallaq W. B. Law and Legal theory in Classical and Medieval Islam. Aldershot, 1995*). См. также работу: *Hallaq W. B. Authority, Continuity, and Change in Islamic Law. Cambridge, 2002*, где рассматривается соотношение между таклидом и иджтихадом.

непогрешимости¹⁶⁴. Как мы ранее выяснили, в еврейской традиции именно мудрецы полномочны интерпретировать Тору, и, например, первая мишна «Пиркей Авот» наставляет: הוּ מִתּוֹנִים בְּדִין (хаву нетуним бедин) — судите обдуманно, то есть рационально.

1.4. Традиция в исламе и иудаизме

Для того чтобы в дальнейшем корректно использовать термины, необходимо подробнее рассмотреть значение понятия «традиция» (מסורה — масорет) в еврейском и мусульманском правовом наследии. Для ясности стоит заметить, что отсылка к прошлому была *common place* для мыслителей Средневековья. Как пояснял знаменитый французский медиевист Ж. Ле Гофф, чувство неуверенности, которое влияло на умы и души людей Средневековья, вынуждало их опираться на прошлое, на опыт предшественников. «Подобно тому как Ветхий Завет предшествует Новому и служит основанием для него, поведение древних должно было обосновывать поведение людей нынешних. Если и можно было предположить что-то определенное, так только то, что могло найти подтверждение в прошлом. Особенное значение придавалось тем, кого считали авторитетами. Конечно, именно в теологии, наивысшей из наук, практика ссылок на авторитеты нашла свое наивысшее воплощение, но и

¹⁶⁴

Подробнее см.: Левин З. И. Реформа в исламе: быть или не быть. М., 2005. С. 71.

она, став основой всей духовной и интеллектуальной жизни, была строго регламентирована»¹⁶⁵. А. Б. Куделин приводит пример ориентации традиционалистского сознания на прошлое как на точку отсчета: «Средневековые арабские ученые называли древнего поэта “аввал” — “первый”, “мутакаддим” — “идуший впереди”, а нового поэта — “ахир” — “последний”, “мута’аххир” — “задерживающийся”, “опаздывающий”, “отстающий”, “поздний” и т.п.»¹⁶⁶.

Сунна, корпус устной традиции в исламе, подобно Мишне в иудаизме, как известно, является вторым «корнем» исламского права. Термин «Сунна» доисламского происхождения, ранее обозначал обычное право, которое было основано на племенной практике. Термин происходит от семитского корня «повторять»¹⁶⁷ и — шире — «прокладывать заново путь», то есть передавать племенные обычаи будущим поколениям¹⁶⁸. Первоначальное значение термина «племенной обычай» имеет прямую лингвистическую и смысловую параллель с Торой, где слово появляется в контексте увещания сынам Израиля внушать (ивр. שׁוּב — *шинен*) их веру и обычаи своим потомкам (Втор 6:7).

Мишна представляет собой компендиум законов устного еврейского законодательства. Слово «*мишна*» дословно означает «повторение» и отражает практику механического заучивания устной традиции, которое было принято в течение столетий, вплоть до ее фиксирования в II в. н. э.

¹⁶⁵ Ле Гофф Ж. Цивилизация средневекового Запада. М., 1992. С. 302–303.

¹⁶⁶ Куделин А. Б. Арабская литература: поэтика, стилистика, типология, взаимосвязи. М., 2003. С. 190.

¹⁶⁷ Слово «*s-n-n*» как существительное в семитских языках означает «зуб». Первоначальное значение глагола с этим корнем не ясно, но по одной из теорий сам корень значит «повторять», «зубрить».

¹⁶⁸ Подробнее см.: Wegner J. R. Op. cit. P. 34–35.

Более того, как указывает Р. Броди, «процесс устного изучения или чтения и устный “текст” обозначались глаголом “*гарас*” (ивр. טַרַל — букв. жевать), переписывание и список — глаголом “*насах*” (נָסַח — первоначально “выхватывать”, затем “передавать, копировать”)¹⁶⁹. К концу эпохи гаонов, безусловно, уже были рукописи Талмуда — самое раннее явное свидетельство их существования относится приблизительно к середине VIII в. И гаоны были не прочь использовать их при случае. И все же в самих академиях предпочтение отдавалось устной модели передачи текста и с идеологической, и с практической точек зрения; вероятнее всего, это было связано с верой в превосходство устного обучения, распространенной также и в других культурах»¹⁷⁰. Следовательно, Сунна как совокупность норм права, выраженных мусульманскими юристами при помощи хадисов, существовала наряду с мишной, корпусом норм устного права, передаваемым по наследству еврейскими мудрецами (*хахамим*)¹⁷¹.

В своей докторской диссертации Й. Давид¹⁷² для облегчения изучения вопроса предлагает выделить в таком комплексном понятии, как «традиция», три аспекта:

- *эпистемологический*: изучение вопроса, каким образом передача информации определяет степень достоверности содержания;
- *этический*: существование истинной традиции как способ предупредить обращение исследователя к другим источникам;

¹⁶⁹ Brody R. Sifrut ha-Geonim ve-ha-Tekst ha-Talmudi // Mehkerei Talmud / Orhim Y. Sussmann, D. Rosenthal. Yerushalayim, 1990. Vol. 1. P. 237–303, 290–291.

¹⁷⁰ Ibid. P. 280.

¹⁷¹ Wegner J. R. Op. cit. P. 37.

¹⁷² David I. Ediat dvar ha-El: Taut, Hekesh, u-Zihron: Avuda le-kabalat Doctarat (toar shlishi) / ha-Universita ha-Ivrit. Yerushalayim, 2005.

- *идеологический*: отражение идеологических потребностей группы, относящихся к передаче традиции, через нарратив и способ передачи¹⁷³.

Каждому из этих аспектов соответствует свой термин в методологии мусульманских правоведов. Первые два понятия, *иснад* и *таклид*, со временем также стали употребляться как технические термины в раввинистических дискуссиях. Третий термин — «передача традиции» (*shoshelet mesira*) — часто встречается в талмудической литературе.

Дискурсивный прием *иснад* появился к VIII в. и стал своего рода реакцией на постоянно растущее число версий жизнеописания Пророка (Сунна). При переводе с арабского *иснад* (ар. □□□□□) буквально означает «поддержка», «помощь»¹⁷⁴. В данном контексте это список трансляторов как индикатор аутентичности содержания традиции. Дело в том, что аккумуляцию вариантов традиции можно осуществить разными способами, как путем тематизации, так и с помощью простого собирания источников. В аккумуляции выразилось достижение высшей точки процесса пуритизации наследия, она даже сформировала каркас всей правовой традиции (*аль-Хадис*), в которой существуют два плана: план содержания — *матан*; и цепочка трансляторов, идущая от Пророка, — *иснад*. Поэтому *иснад* выступает в первую очередь как инструмент критики и цензуры, который устанавливает степень аутентичности того или иного варианта традиции¹⁷⁵.

¹⁷³ Ibid. P. 259.

¹⁷⁴ Как отмечают многие ученые, расцвет иснада к III в. по Хиджре (VIII в. н. э.) явился свидетельством постепенного осознания тех преград, которые возникли между группами мусульман из-за разногласий по политическим и богословским вопросам, ставших причиной первых волнений. Деление хадисов строилось главным образом на основании их иснадов. Подробнее см.: *Бертон Дж.* Указ. соч. С. 165–183.

¹⁷⁵ *David I.* Op. cit. P. 260–261.

В начале XX в. исследователь Й. Горовиц¹⁷⁶ утверждал, что можно понять расцвет *иснада* на фоне раввинистического понятия *цети передачи*, зафиксированного в талмудической литературе. *Передача* (מסירה — *месира*) служит в качестве инструментария для критического осмысления передаваемого содержания, и в этом плане выступает как раввинистическая идея, которую заимствовали для кодификации традиции в исламе¹⁷⁷.

Как известно, с конца IX в. вследствие идеологического противостояния между классическим, или раввинистическим, иудаизмом и «версией» иудаизма, предложенной караимами, появился новый жанр раввинистической литературы, в котором был сделан акцент на галахе и подчеркивалась важность устной передачи Торы. Внимание к традиции неминуемо приводило к большей заинтересованности в хронологии раввинистической традиции, и, таким образом, возникал вопрос о раввинистическом влиянии на мусульманский *иснад*. Дж. Коэн в предисловии к «Sefer ha Quabbalah» Авраама ибн Дауда делает вывод, что в раввинистическом интересе к историографии следует видеть попытку мобилизовать всю имеющуюся историческую информацию для усиления галахи путем введения мусульманского *иснада* в раввинистическую литературу¹⁷⁸.

Другой пример — использование *шошелет ха-месира* — мы находим в первой мишне трактата «Наставления отцов» (далее — «Авот»): «Моше принял Тору на Синае и передал ее Йегошуа, Йегошуа

¹⁷⁶ Horovitz J. Jewish proper names and derivatives in the Koran. Hildesheim, 1964. Цит. по: David I. Op. cit. P. 262.

¹⁷⁷ В настоящее время исследователи более осторожны в установлении исламского влияния и заимствования. Подробнее см.: ibid. P. 262, n. 982.

¹⁷⁸ Cohen J. D. Sefer ha-Qabbalah: The Book of Tradition by Abraham Ibn Daud. Philadelphia, 1967. P. L, LVI.

[передал Тору] старейшинам, старейшины — пророкам, пророки передали ее Великому собранию ученых».

Шошелет ха-месира и его арабский аналог придают авторитетность повествованию, что особенно актуально в контексте еврейской правовой культуры, существовавшей в отсутствие власти. Х. Аренд так объясняет феномен авторитета: «Авторитет исключает использование внешних средств принуждения; там, где применима сила, авторитет как таковой потерпел крах. С другой стороны, авторитет несовместим с такой формой убеждения, которая предполагает равенство и действует посредством аргументации. Там, где прибегают к аргументам, авторитет остается в стороне. Особняком от этого эгалитаристского порядка убеждения держится авторитарный порядок, всегда иерархический. Если уж действительно давать определение авторитету, то это нужно делать, противопоставляя его одновременно и силовому принуждению, и убеждению, основанному на логике аргументов. “Авторитарная” связь между тем, кто приказывает, и тем, кто подчиняется, не опирается ни на здравый смысл, ни на власть приказывающего; общее в них — это сама иерархия <...> Авторитет предполагает подчинение, в котором люди сохраняют свою свободу»¹⁷⁹. Х. Арендт напоминает, что *auctoritas* — это то, что «поднимает» власть на новый уровень.

Соблюдение авторитета всегда *основано* на норме, на ценности, на общих принципах. Ивритское слово «масорет» впервые встречается в словосочетании «узы Завета» (מסורת הברית — *масорет ха-брит*) (Кн. Иез 20:37)¹⁸⁰. В той же первой мишне «Авот» судьям надлежит «выстраивать ограду для Торы», другими словами, *определять* закон, соотносить норму и рамки традиции. С другой стороны, «ограда для Закона» (סייג לתורה) означает создание препятствий и предостережений, чтобы люди не

¹⁷⁹ Arendt H. La crise de la culture. Paris, 1993. P. 139–140.

¹⁸⁰ «И проведу вас под жезлом и введу вас в узы завета» (Иез. 20:37).

преступали запретов Торы, ибо сказано: «...соблюдайте же предостережение Мое» (Лев 17:30)¹⁸¹. Нечто подобное существует в восприятии *nomos*'а у греков. «Закон представлялся “оградой”, “катехоном”, который защищал гармонично обустроенный мир космоса — полиса от вторжения хаотических сил, защищал добро от сил зла. Очерченный круг закона позволяет людям строить и сохранять необходимый для жизни порядок»¹⁸². Исламу также известно это понятие: *худуд Аллах* (ед. ч. *хадд* — граница) — установленные наказания за преступления против нравственности, общественного порядка и нарушения религиозных обязанностей¹⁸³. Но, если греческий *номос*, который со времен софистов противопоставлялся *фюсису*, то есть природе¹⁸⁴, арабский *худуд* и ивритский *масорет* в конечном итоге являются результатом нормотворческой деятельности человека. Таким образом, можно сказать, что еврейская традиция (*масорет* или *каббала*) представляет собой источник права. Однако, как замечает М. Элон, «этот источник существенно отличается от всех других источников еврейского

¹⁸¹ Вавилонский Талмуд. Трактат «Пиркей Авот». Иерусалим, 1996. (Серия «Библиотека Алия»). С. 21, 25.

¹⁸² Исаев И. А. Топос и номос: пространства правопорядков. М., 2007. С. 145.

¹⁸³

Сюкияйнен Л.Р. объясняет: «Большинство современных исследователей мусульманского уголовного права понимают под *хадд* ответственность за деяния, которые, во-первых, посягают на интересы всей общины (“права Аллаха”) и, во-вторых, влекут наказания, либо однозначно определенные Кораном и Сунной, либо нормативно точно установленные правоприменительной практикой “праведных” халифов» (Сюкияйнен Л. Р. Мусульманское право: Вопросы теории и практики. М., 1986. С. 183).

¹⁸⁴ Например, софист Гиппий говорил: «Люди, собравшиеся здесь! Я считаю, что вы все тут родственники, свойственники и сограждане по природе, а не по закону: ведь подобное родственно подобному природе, закон же, властвуя над людьми, принуждает ко многому, что противно природе» (Платон. Диалоги. Протагор. М., 1986. С. 337).

права, так как в силу своей природы не поддается развитию и изменениям. Он постоянен, и положение его в еврейском праве статично. В то же время все другие источники права динамичны по своей сути и призваны и в дальнейшем развивать и обогащать еврейское право»¹⁸⁵.

Как пишет Ю. Р. Вегнер, когда традиция развилась, мусульманские юристы задались вопросом: нужно ли записывать Сунну? Так, историк ибн Саад сообщает, что халиф Омар (634–644) не дал разрешения письменно зафиксировать Сунну, приказав сжечь письменную коллекцию, и сказал, что мусульманину не нужна «(письменная. — Д. П.) *mathna* подобно *mathnah* (Мишне. — Д. П.) евреев»¹⁸⁶.

Точно такой же вопрос вынуждены были решать евреи немного раньше, когда необходимость сохранения городской традиции вступила в противоречие с нежеланием записывать Мишну, поскольку есть четкое указание: «Не прибавляйте к тому, что я заповедую вам, и не убавляйте от того; соблюдайте заповеди Господа, Бога вашего, которые я вам заповедую» (Втор 4:2). Как нам удалось выяснить, эта проблема была успешно решена еврейскими мудрецами: мишну стали рассматривать как интерпретацию (*мидраш*), а не как новое законодательство¹⁸⁷.

Не менее удивительно и то, что обе системы устной традиции состоят из шести разделов. Ко II в. н. э. мишна тематически была разбита на шесть разделов (*שישה סדרים* — *шеша седарим*)¹⁸⁸:

- 1) *Zeraim* (ивр. זרעים — букв. семена) — сельскохозяйственные законы;

¹⁸⁵ Элон М. Указ. соч. С. 230.

¹⁸⁶ Цит. по: *Wegner J. R. Op. cit. P. 37, n. 59.*

¹⁸⁷ Агур Й. Указ. соч. Ч. 1. С. 76–79.

¹⁸⁸ См. трактат «Ктуббот», 103б (цит. по: *Талмуд. Мишна и Тосефта...*), трактат «Бава Мециа», 85б (цит. по: *Вавилонский Талмуд. Трактат «Бава Мециа»...*).

- 2) Moed (ивр. מועד — букв. период, праздник) — законы, посвященные регулированию субботы и праздников;
- 3) Nashim (ивр. נשים — букв. женщины) — законы, касающиеся женщины (брак, развод);
- 4) Neziqin (ивр. נזיקין — букв. ущерб) — законы гражданской ответственности (деликтное право, обязательства, гражданский процесс);
- 5) Qodashim (ивр. קדשים — букв. святости) — законы культа;
- 6) Toharot (ивр. טהרות — букв. очищенные) — законы ритуальной чистоты.

Сунна первоначально состояла из более чем 12 сборников хадисов с внутренним тематическим делением, но только шесть из них были канонизированы и получили известность как *аль-кутуб аль-ситта* (ар. шесть книг)¹⁸⁹. В трех сборниках содержатся только правила (то есть без агады), они названы *суннан* (мн. ч. от *сунна*) аналогично тому, как отдельные правила мишны известны как *мишнайот* (мн. ч. от *мишна*).

Сходство на уровне формальных признаков не случайно, оно лишь подтверждает тот факт, что параллель между исламской Сунной и еврейской Мишной осознавалась мусульманскими юристами и прежде всего основателем шафиитской школы Мухаммедом аш-Шафии, который первый вывел формулу «основ мусульманской юридической науки» (ар. *usul al-fiqh*)¹⁹⁰.

¹⁸⁹ Об этих шести канонических сборниках см.: *Goldziher I. Muslim Studies: In 2 vols. / Transl. C. R. Barber, S. M. Stem. London, 1971. Vol. 2. P. 229 ff.* Самый ранний и популярный сборник «Джами Сахих» Мухаммеда аль-Бухари (810–870) см.: *Бертон Дж. Указ. соч. С. 189 и далее.*

¹⁹⁰ *Khadduri M. Islamic Jurisprudence: Shafi'i's Risala. Baltimore, 1961.* В нашей работе даны ссылки на сочинение аш-Шафии: *al-Shafi'i. Kitab al-Risala fi Usul al-Fiqh / Ed. by A. M. Shakir. Cairo, 1940.*

До аш-Шафии юристы не воспринимали Сунну как священный источник. Слова и действия Пророка воспринимались как сугубо человеческие феномены: идеальное поведение избранника Бога, но не Божественный Закон как Коран. Провозглашение Сунны божественной стало революционным шагом¹⁹¹. Его доказательство столь высокого статуса Сунны строится на двух утверждениях. Во-первых, и письменное откровение, и устная традиция одинаково исходят от Бога, поскольку выражены на одном языке. Он подчеркивает это, говоря о том, что Коран и Сунна обладают одними и теми же «корнями». Таким образом утверждается идея «равной власти», что похоже на талмудическое соединение *микры* и *мишны*¹⁹².

Доказательство аш-Шафии нашел в кораническом выражении «*al-kitab wa'l-hikma*» («Книга и Мудрость»), которое появляется, например, в суре 2:129: «Господи наш! И яви из нашего потомства посланника, которые передаст им Твои знамения, научит их ниспосланным Тобой Книге и Мудрости, очистит их души. Ведь Ты поистине велик и мудр в том, что Ты делаешь, приказываешь, запрещаешь!»¹⁹³.

Под «Книгой» понимается Коран, однако у второго члена в данном выражении не было однозначного референта. По мысли аш-Шафии, под словом «*хикма*» следует понимать не абстрактную Божественную мудрость, а специфическую Мудрость — корпус преданий устной традиции, идущей от Пророка, которой Бог велел мусульманам следовать.

¹⁹¹ Такой эпитет не случаен. Описывая то время, когда творил аш-Шафии, Н. Кулсон отмечает: «Он неожиданно появляется на сцене подобно *deus ex machina* своего времени (sic! — Д. П.), чтобы попытаться распутать запутанные нити сложных противоречий и предоставить решение для создания порядка из существующего хаоса» (Coulson N. J. Op. cit. P. 53).

¹⁹² Wegner J. R. Op. cit. P. 52.

¹⁹³ Это выражение встречается в следующих аятах Корана: сура 2:151, 231; 3:164, 4:113; 62:2.

Аш-Шафии заключает: «Бог упомянул Книгу, которая есть Коран, и упомянул Мудрость; <...> тот, кто хорошо знает Коран, полагает, что Мудрость значит “сунна Посланника Аллаха”»¹⁹⁴. Книга и Мудрость дарованы напрямую от Бога. Таков, как указывает аш-Шафии, полный смысл коранического выражения: «Аллах ниспослал тебе Священный Коран — мерило истины, наполнил твою душу мудростью и ниспослал тебе шариат, который ты не мог бы узнать без Его Откровения» (сура 4:113).

Во-вторых, известен аят, адресованный современникам Пророка: «Повинуйся Аллаху, повинуйтесь Посланнику и остерегайтесь! Но если вы отвернетесь, то знайте, что на Нашего Посланника возложена только ясная передача откровения» (Коран 5:92). Аш-Шафии комментирует, что подчиняться Пророку — значит подчиняться Богу; не подчиняться Пророку и пренебрегать им — значит не подчиняться Богу. Покорность Богу может проявляться лишь в покорности Мухаммеду, а после его смерти — покорности его сунне. Люди могли исполнять это религиозное обязательство, возложенное на них в Коране, либо спрашивая Пророка, пока тот был жив, либо после его кончины следуя словам других людей, которые обращались нему со сходными вопросами и теперь могли передать его указания¹⁹⁵.

На протяжении столетий божественное происхождение устной традиции в иудаизме являлось главным догматом, особенно в противостоянии с караимами. Те отрицали значимость талмудической литературы, и в полемике с ними раббаниты, конечно, не могли опираться на эту литературу, а следовательно, были вынуждены апеллировать к Писанию, которое признавали и они сами, и их оппоненты. Прежде всего,

¹⁹⁴ *Risala: yaqul al-hiqma sunnat rasul Allah (Elon M. Mispal ivri — Makor, Historiya, Ekronot: In 3 vols. Yerushalayim, 1973. T. 2. P. 78).*

¹⁹⁵ *Ibid. P. 413 ff.*

раббаниты стремились показать, что сам Танах предполагает наличие внешнего референта, без которого он не мог бы служить правовым сводом. Саадия Гаон так иллюстрирует данное положение в комментарии на Книгу Бытия: «В целом мы находим в связи с открытыми нами заповедями семь существенных причин, по которым мы должны полагаться на традицию, каждая важнее предыдущей. Первая: поскольку Писание содержит заповеди, природа которых не объяснена, например, не объяснено, как следует делать кисти (Числ 15:38) или строить кущи (Лев 23:42) и подобное <...> Вторая: потому что есть заповеди, где мера точно не указана <...> Третья: так как есть заповеди, для которых не объяснено, как опознать предписанное там, ибо нет ясного признака субботы, какой этот день, и <...> Новолуния <...> Четвертая: потому что есть заповеди, сама суть которых не объяснена, как-то: природа работ, запрещенных в субботу <...> К этому следует добавить (гражданские) законы, которые не упоминаются в Торе вообще, и необходимо стремиться разузнать о них»¹⁹⁶. Талмудическая доктрина признавала, что на Синае Моисей получил не просто Декалог, но всю письменную Тору и также *весь устный закон*.

В терминологическом плане употребление понятия «*хохма*» (мудрость) и производные (*хахамим* — мудрецы Талмуда, *диврей хахамим* — слова мудрецов, то есть их установления) показывает соотношенность данного понятия с Устной Торой. Само слово «*хохма*» появляется в Торе только в двух местах, которые не явно связаны с идеей устной традиции. «Иисус бен Нун исполнился духом премудрости, потому что Моисей возложил на него руки свои...» (Втор 34:9). В еврейской традиции Иисус бен Навин считается первым поколением, которому был передан Устный

¹⁹⁶ *Perushei Rav Saadyah Gaon li-Bereishit, Hotsi la-Or be-Tseruf Mavo we-Tergum, We-Hearot / Ed., transl. M. Zucker. New York, 1984. P. 13–14 (арабский оригинал), 181–184 (перевод на иврит).*

Закон. Для цитаты «Итак, храните и исполняйте их (законы), ибо в этом мудрость (хохма) ваша и разум (бина) ваш пред глазами народов...» (Втор 4:6) Раши¹⁹⁷ указывает: «... ‘хранить’ относится к Мишне»¹⁹⁸.

¹⁹⁷ РИИ (акроним словосочетания «рабби Шломо Ицхаки», «Шломо бен Ицхак» (1040, Труа, — 1105, там же) — крупнейший средневековый комментатор Талмуда и один из видных комментаторов Библии; духовный вождь еврейства Северной Франции.

¹⁹⁸ Об этом подробнее см.: *Wegner J. R. Op. cit. P. 53–54, n. 127.*

1.5. Выводы

Резюмируя вышесказанное, можно указать ряд положений, которые определяют, с одной стороны, место традиции в источниках еврейского права, а с другой — легитимность полномочий мудрецов развивать и обогащать галаху.

Первое положение. Эйдетически облик галахи имеет двойственный характер. С одной стороны, в мидраше «Шемот раба» сказано, что Моисею одновременно вместе с Письменной Торой была дарована и Устная Тора. Таким образом, презюмируется, что Устная Тора имеет божественный источник. Еврейский философ Иосеф Альбо, живший в XIV–XV вв. в Испании, развивает посыл, заключенный в данном мидраше: «Невозможно, чтобы Тора Всевышнего, благословен Он, удовлетворяла наши потребности во все времена, так как условия жизни и отношения между людьми и их дела все время меняются и обновляются. Невозможно такое множество проблем включить в одну книгу. Поэтому Моисею на Синае были преподаны общие пути и в Торе, где содержатся вкратце намеки, дабы в каждом новом поколении с их помощью мудрецы могли бы извлекать из Учения все новые и новые потребности»¹⁹⁹. С другой стороны, мудрецы всячески подчеркивали примат человеческого фактора, исключительные полномочия знатоков галахи в ее дальнейшем развитии. М. Элон предлагает разрешить данную аномию таким образом: «...источник Галахи — на небесах. Место Галахи, ее жизнь и развитие — не на небесах, а в жизни людей и общества»²⁰⁰. Поэтому принцип לָמַד מִלְּמַד פִּי שֶׁדָּרָב (ламед миламед бекодашим), который значит, что «для всех законов Торы галаха, полученная путем применения правил комментирования, имеет ту же ценность, что и Галаха, упомянутая в

¹⁹⁹ Цит. по: Элон М. Указ. соч. С. 372.

²⁰⁰ Там же. С. 233.

тексте Торы»²⁰¹, ставит знак равенства между галахот *де-орайта* и галахот *де-рабанан*. Другими словами, Устная Тора и Письменная Тора имеют равную силу.

Второе положение. Еврейская традиция (*каббала* или *масорет*), так же как и мусульманская традиция (*иснад* или *таклид*), в качестве источника права являлась основой (по терминологии Н. Колдера) для полемической идеологии, сторонники которой ратовали за буквальное понимание священных текстов и отрицали право на свободное суждение. Именно «статичная» традиция рассматривалась как «ограда» (*саяг* или *худуд*) для всего права, однако в еврейском праве традиция стала фундаментом для создания жизнестойкой системы и не противостояла изменениям, тогда как в мусульманском праве *таклид* строго противопоставляется *иджтихаду*²⁰². Другими словами, если в еврейском праве традиция являлась отправной точкой для законодательной деятельности человека, то в исламе проблема выбора *таклида* или *иджтихада* — это часть представления о пределах возможностей человеческого разума, о допустимости суждения по богословско-правовым вопросам²⁰³.

В исламе поборниками *иджтихада* выступали основатели первой рационалистической школы — мутазилиты²⁰⁴, которые оказали огромное

²⁰¹ Штейнзальц А., *рав.* Указ. соч. С. 182.

²⁰² На самом деле, как продемонстрировал У. Халлак в своей известной провокационной статье о «закрытии врат иджтихада», метод иджтихада широко использовался и после XI в.: *Hallaq W. B. Was the Gate of Ijtihad Closed?..*

²⁰³ Левин З. И. Указ. соч. С. 6.

²⁰⁴ Мутазилиты (от араб. *мутазила* — обособившиеся) — представители одного из направлений калама (араб. *калам* — «речь», разговор) мусульманское богословие), первыми попытавшиеся обосновать мусульманское вероучение с помощью логико-философских доводов. Основоположниками считаются Василь ибн Ата и Амр ибн Убайд (VIII в.); учение мутазилитов окончательно сформировалось в IX–X вв.

влияние на еврейских мыслителей Средневековья²⁰⁵. Например, знаменитый еврейский философ и политический деятель Саадия Гаон, который воспринял идеи мутакаллимов²⁰⁶, напрямую связывает традицию и разум в «Книге верований и мнений». Так, он говорит, что убеждение проистекает из четырех источников: 1) внешняя реальность; 2) разум, то есть знание о добре и зле; 3) выводы на основе разума; 4) традиция Торы (которая, что очевидно, включает в себя и Устную Тору)²⁰⁷. По этому поводу К. Сират замечает: «Саадия был убежден, что Тора и наука суть побеги одного древа; они никак не могут противоречить друг другу, а если кажется, что между ними есть какое-то противоречие, то это объясняется ошибкой в логике наших рассуждений или нашей неспособностью правильно интерпретировать текст Откровения. Этот оптимизм, эта глубокая убежденность в наличии гармонии между верой и разумом

Различные школы мутазилитов существовали до XII в. Мутазилиты оспаривали ряд положений правоверного ислама, оказали влияние на многие еретические философские течения на Ближнем Востоке. Как отмечает О. Лимен, «В значительной степени различие между философией (*falsafa*) и *kālam* – только в объекте исследования: философы работают с философскими посылками. А теологи (мутакаллимы) занимаются религиозными текстами. *Kālam* стремится представить умозрительную основу, рациональное содержание и принципы исламской веры» Лимен О. Введение в классическую исламскую философию. М., 2007. С.28.

²⁰⁵ См.: *Ben-Shammai H.*: 1) *Kalam in Medieval Jewish Philosophy // History of Philosophy / Eds. D. H. Frank, O. Leaman. London, 1997. P. 118*; 2) *The Tension between Literal Interpretation and Exegetical Freedom: Comparative Observations on Saadia's Method // With Reverence for the Word: Medieval Scriptural Exegesis in Judaism, Christianity, and Islam / Eds. J. D. McAuliffe, B. D. Walfish, J. W. Goering. Oxford, 2003. P. 33–50.*

²⁰⁶ *Stroumsa S.* Saadya and Jewish *kalam* // *The Cambridge Companion to Medieval Jewish Philosophy / Ed. D. H. Frank, O. Leaman. Cambridge, 2003. P. 71–90.*

²⁰⁷ Подробнее см.: *Сират К.* История средневековой еврейской философии. М., 2003. С. 50–52.

характерны для Саадии, и вся “Книга верований” базируется на идее идентичности традиции и разума»²⁰⁸.

Третье положение. Мишна и сунна формально являются объектами одного порядка: *мирадраши* в *мишне*, подобно *хадисам* в *сунне*, воспринимались как сборники законодательной практики, корпусы преданий устной традиции. Однако восприятие мишны у евреев отличалось от понимания сунны мусульманами. Хадисы повествуют о днях жизни одного человека — пророка Мухаммеда, тогда как мидраши представляют собой компендиум историй паранормативного характера. Поэтому еврейским мудрецам легче было рассматривать корпус устной традиции мишну как интерпретацию (*мидраш* — как способ), а не как новое законодательство и, следовательно, ликвидировать «противостояние» между своими постановлениями (*галахот де-рабанан*) и Писанием (*галахот де-орайта*). Таким образом, в иудаизме не произошел разрыв между традицией и рационализмом, что позволило делать галаху более гибкой.

²⁰⁸

Там же. С. 51–52.

Глава 2

ПРИНЦИП «ЗАКОН ГОСУДАРСТВА – ЗАКОН»

2.1. Национальное и религиозное в иудаизме

Один из самых известных исследователей еврейского права в XX веке, на чьи труды мы неоднократно будем ссылаться в этом исследовании, М. Элон указывает два фактора (внутренний и внешний), которые объясняют практическое применение еврейского права после утраты политической независимости.

Внутренний фактор. Основной характеристикой еврейского права считается то, что оно является одновременно и религиозным, и национальным. Более того, религиозную составляющую еврейского права нельзя отделить от сугубо юридической: «...и та же судебная коллегия, тот же *хахам* (мудрец) или раввин, которые решали вопросы, связанные с религиозными запретами и разрешениями, — эти же инстанции и эти же люди решали вопросы, связанные с имущественными спорами, трудовыми отношениями, куплей-продажей и т.п.»²⁰⁹ *Внешний фактор* – государственно-правовое восприятие понятия власти и судопроизводства,

²⁰⁹ Элон М. Указ. соч. С. 37–38. Также в данной работе используется его трехтомное издание: *Elon M. Mispat ivri* — Makor, Historiya, Ekronot. T. 1–3. Yerushalayim, 1973.

которое определяет содержание и пределы еврейской правовой автономии – именно она является предметом исследования в данной главе.

К тому же, по мнению М. Элона, все еврейские диаспоры рассматривали еврейское право как национальное достояние и как главную и существенную часть своей культуры. Находясь на чужбине, в изгнании (Галут), еврейский народ продолжал существовать как нация, а не как религиозная секта, ему было необходимо постоянное и непрерывное развитие своего права²¹⁰. В этом контексте особый интерес представляет юридическое определение терминов «еврей», «еврейский» и «национальность», «нация» применительно к самому народу. Согласно галахе, определение еврейства осуществляется по матери-еврейке. Еще во Второзаконии приведен недвусмысленный запрет: «И не родись с ними: дочери своей не давай его сыну, и его дочери не бери для сына своего. Ибо он отвратит сына твоего с пути моего, и будут служить они божествам чужим; и восплает гнев Господа на вас, и истребит он тебя немедля» (Втор 7:3–4). Первоначально этот запрет распространялся лишь на браки с народами, населявшими древний Ханаан (Втор 7:1). Однако впоследствии Ездра (Эзра) и Неемия (Нехемия) распространили запрет на смешанные браки с представителями всех народов, среди которых жили евреи (Езд 9–10; Неем 10:30, 13:23–27).

В третьем стихе этого отрывка содержатся два запрета — на брак с неевреем-мужчиной и брак с нееврейкой-женщиной. В четвертом стихе упоминается лишь один из них, причем действие «отвратит» (כִּי יִסֵּר אֶת בְּנֵךְ) в оригинале употреблено в мужском роде. Казалось бы, текст должен был выглядеть иначе: «Ибо она отвратит сына твоего с пути», то есть нееврейская девушка, которая выйдет замуж за твоего сына-еврея, собьет его с пути. В Вавилонском Талмуде, в трактате «Кидушин» этот стих трактуется следующим образом: «Нееврейка <...> ребенок ее — как

²¹⁰ Элон М. Указ. соч. С. 39.

и она [нееврей]. Откуда это? — Сказал рабби Йоханан от имени рабби Шимона бар Йохая: “Потому что говорит Писание: «сына твоего от [следования] за мною...»” — сын от твоей дочери-еврейки называется “сыном твоим”, а сын от твоей невестки-нееврейки не называется “сыном твоим”, но [называется] “ее сыном”. Сказал Равина: “Отсюда следует: сын дочери твоей от нееврея называется «твоим сыном»”²¹¹.

В трактате «Авода Зара», посвященном идолопоклонству, дано религиозно-правовое обоснование запрета на смешанные браки, из чего следовала возможность такого брака при условии перехода нееврейского супруга в иудаизм (גיור): «...евреем является человек, рожденный матерью-еврейкой или обращенный в еврейство в соответствии с религиозным законом»²¹². Однако в качестве закона он появляется только в «Шульхан Арухе» (שולחן ערוך), в «Эвен Ха-Эзра» 8:5²¹³. При этом необходимо сделать важное замечание: следуя Талмуду, «еврей-отступник остается евреем»²¹⁴. Суть этой мысли заключена в словах Аггады, которые сказал аморай рабби Аба бар-Завда в отношении Ахана (Нав 7). Комментируя стих «Согрешил Израиль и даже преступил завет Мой, который я завещал им» (Нав 7:11), рабби говорит так: «Израиль (еврей), даже согрешивший, остается Израилем (евреем)». Свое заключение он обосновывает тем, что сказано «согрешил Израиль», а не «согрешил народ», то есть и после совершения греха Израиль остается Израилем.

²¹¹ Вавилонский Талмуд, трактат «Киддушин», 66 б. Цит. по: *Талмуд. Мишна и Тосефта*.

²¹² Вавилонский Талмуд, трактат «Авода Зара», 36 б. Цит. по: *Талмуд. Мишна и Тосефта*.

²¹³ См. также: *Rambam. Mishne Tora*.

²¹⁴

«Сангедрин», 44а. Цит. по: *Karo Y. Shulhan Aruh. Tel-Aviv, 2009*.

Теперь обратимся к понятию «еврейская нация» и рассмотрим его связь с религией. Как отмечает М. Зильберг по делу Б. Шалита против министра внутренних дел Израиля²¹⁵, слова «народ» и «нация» (*עַם* и *לְאוּם* соответственно) в иврите выступают как синонимы с одним и тем же значением. Свидетельство этому — синонимический параллелизм библейских стихов, например: «Внемлите мне, народ Мой, и нация Моя» (Ис 51:4), «Покорит Он народы под нами и нации — под ногами нашими» (Пс 46:4) или «...того будут проклинать народы, того будут клясть нации» (Пр 24:24)²¹⁶. В рамках обсуждения вышеуказанного дела²¹⁷ судья Мени замечает, что понятие «национальность» или «нация» в своем «естественном», а не политическом (нация — государство) смысле есть

²¹⁵ БаГаЦ 58/68 от 1962 г. Сборник Постановлений 23(2) 477. Цит. по: *Еврей — кто он?* С. 46. Необходимо заметить, что в постановлениях как БаГаЦа, так и других судов государства Израиль доказательная база строится на основе законодательных источников Израиля, судебных постановлений израильских судов, также упоминаются судебные постановления английских и американских судов, доктринальные источники на разных языках и источники еврейского права.

²¹⁶ Судья М. Зильберг упоминает два критерия для установления принадлежности человека к еврейской нации: объективный, принятый галахой, согласно которому мать-еврейка или гиюр — исключительные отличительные признаки еврея; субъективный — приверженность еврейской культуре и ее ценностям (там же. С. 47). Не углубляясь в историю появления субъективного критерия, стоит отметить, что такой подход исторически восходит к теории *contrat social* Ж.-Ж. Руссо, впоследствии уточненному Э. Ренаном и Г. Еллинеком. По правде говоря, исходя из изложенного в книге «Еврей — кто он?», на сегодняшний момент судебная практика и правовая доктрина не пришли к единому мнению относительно однозначного выбора одного из критериев, хотя после дела Руфайзена в 1970 г. Кнессет внес поправки в «Закон о возвращении» (от 1950 г.) и постановил: «Еврей — это тот, кто родился от матери-еврейки или прошел гиюр, и он не исповедует другую религию» (там же, п. 3). Таким образом закрепляется объективный, формальный подход к вопросу о еврействе.

²¹⁷ *Еврей — кто он?* С. 169.

историко-динамический концепт, не подлежащий точному определению. Кроме того, применение термина «нация» релевантно исключительно начиная с Нового Времени, в Средние века идентификация проходила по конфессиональному принципу, выраженному в семантической оппозиции «свой — чужой»²¹⁸.

Как замечает Г. Козловский, в Средние века понятие «община» использовалось для обозначения веры. Как категорию общину не нужно путать с нацией, языковой группой или даже с религиозной сектой. То, что жизнь евреев проходила внутри общины, по-видимому, очевидно. Что касается мусульман, то известно, что существовали государства, которые управлялись согласно исламским догматам. Более тщательное изучение вопроса показывает постоянную напряженность в отношениях между духовными лицами и правителями так называемых мусульманских стран. Местные лидеры возводили большинство мечетей, храмов и школ. Часто общины или их руководители пытались отдалиться как от государства, которому они не доверяли, так и от институтов, которые плохо влияли на ежедневное служение культуре²¹⁹.

Особенность традиционной еврейской идентификации заключается в неразрывной связи нации с религией. Как писал еврейский мыслитель М. Бубер, «Израиль <...> это единственный народ в мире, который изначально является нацией и религиозной общностью как единое целое»²²⁰. Современный правовед, профессор Иерусалимского университета Рут Гавизон подтверждает данное мнение: «Иудаизм, по крайней мере в исторической перспективе, никогда не приводил различия между еврейской и нееврейской религией, и не было никакого более

²¹⁸ Подробнее см.: *Лучинская С. И.* Образ Другого: мусульмане в хрониках крестовых походов. СПб., 2001; *Зеленева Г. С.* Указ. соч. С. 12–16.

²¹⁹ *Kozlovski G. C.* Op. cit. P. 99–100.

²²⁰ *Бубер М.* Еврейский гуманизм. Киев, 1998. С. 130.

позднего развития, которое могло бы изменить эту уникальную ситуацию. Отношение окружающих не позволяло человеку оставаться частью еврейского народа, одновременно являясь адептом иной религиозной конфессии. Аналогичным образом ни один человек не мог быть правоверным иудеем и при этом не принадлежать к еврейской нации»²²¹. Поэтому всякий раз, когда мы говорим о еврейской правовой системе, мы не должны забывать о культурно-религиозных особенностях этого феномена.

2.2. Определение принципа

Второй фактор, который называет М. Элон, — внешний²²²: это постоянное существование судебной системы, которая наряду с органами самоуправления была основой еврейской внутренней автономии со дня Разрушения Второго Храма в 70 г. Судебная автономия продолжала существовать в разных центрах и в разные периоды пребывания народа в изгнании.

Однако юридическая автономия (Привилегия Рудигера в 1084 г. и др.) ограничивалась внутренними установками, например галахическим

²²¹ Гавизон Р. О праве еврейского народа на суверенное государство // Еврейское государство в начале XXI века: Сб. ст. / Под ред. А. Д. Эпштейна. М., 2008. С. 94.

²²² Элон М. Указ. соч. С. 39–61.

принципом דִּינָא דְּמַלְכוּתָא דִּינָא («Дина де-Малхута — Дина» — «Закон государства — закон»)²²³. Этот принцип относится обычно к библейскому источнику, он был введен в Талмуд в III в. н. э. вавилонским амораем²²⁴ рабби Шмуэлем (Вавилонский Талмуд, трактат «Бава Кама», 113а). Как утверждает С. Шило в своей монографии²²⁵, рабби Шмуэль, являвшийся главой Ешивы в Нахардее (Вавилония), жил во время персидского царя Шавора I. Тот взошел на престол в 241 г., после своего отца Ардашира²²⁶, который расшатал автономию евреев Вавилонии. По мнению исследователя, в этом принципе можно видеть признание новой сасанидской монархии как государства, по законам которого евреям можно жить. Хотя уже в период танаев (до 200 г.) законы нееврейского государства были частично приняты, в особенности это касалось законов о налогах, векселях и наказаниях. Однако танаи, жившие в Палестине в конце периода римского владычества, должны были определить свое отношение к чужой власти, которая, с их точки зрения, была владычеством захватчиков, тогда как принцип Шмуэля учитывает ситуацию, сложившуюся в Вавилонии, где диаспора евреев жила не на своей земле и находилась под чужой для нее властью, но не чужой для той страны, где эта власть правила. Таким образом, если принцип «ло бешамаим хи» в конечном итоге регулирует отношения между Богом и

²²³ Вавилонский Талмуд, трактат «Недарим», 28а; трактат «Гитин», 10б; трактат «Бава Кама», 113 а–б; трактат «Бава Батра», 44б–45а. Цит. по: *Талмуд. Мишна и Тосефта*.

²²⁴ Поколение Танаев (I в. до н. э. — II в. н. э., начиная с Гиллеля и до рабби Йехуды Ха-Наси) и Амораев (создатели Гемары, после рабби Йехуды Ха-Наси и до завершения Талмуда в V в.). Подробнее см.: *Гафни И. Евреи Вавилонии в талмудическую эпоху*. М., 2003.

²²⁵ *Shilo Sh. Dina de-Malkhuta — Dina. Yerushalayim, 1980. Perek 1.*

²²⁶ Ардашир I Папакан (ок.180-242) - основатель Сасанидской династии в Иране.

человеком, то принцип «Закон государства – закон» применим к отношениям на уровне общины, социальным отношениям.

Как объясняет А. Киршенбаум²²⁷, принцип рабби Шмуэля не следует рассматривать исключительно как обязательство еврейской власти подчиняться в любом конфликте с властью суверенного правителя. Такая доктрина не устанавливала бы стойкого баланса власти и права короля, а скорее, презюмировала бы поражение еврейской автономии перед королевской властью. С. Атлас развивает эту мысль: «...вместо того чтобы подчиниться законодательству государства, еврейское право инкорпорировало его большую часть в собственную систему, делая таким образом данное законодательство составной частью еврейской правовой системы»²²⁸. Рабби Г. Шехтер, современный исследователь еврейского права, объясняет рассматриваемое явление: «...мы берем принцип «Закон государства – закон», чтобы указать, что “на определенных территориях и в определенных, специфических обстоятельствах галаха требует, чтобы мы подчинялись законам суверенной власти того государства, где мы живем, а не руководствовались исключительно Торой”»²²⁹.

Аргументация в защиту этого принципа базировалась на стихе Танаха: «И множит она (земля) урожай свой для царей, которых Ты поставил над нами за грехи²³⁰ наши, и владеют они телами нашими и

²²⁷ Kirschenbaum A., Trafimov J. The Sovereign Power of the State: A proposal theory of Accommodation in Jewish Law // Cardozo Law Review. 1990–1991. Vol. 12. P. 925.

²²⁸ Atlas S. Dina de-Malkhuta dina // Hebrew Union College Annual. 1975. Vol. 46. P. 270.

²²⁹

Schachter J. Dina de-Malkhuta Dina: Secular Law as a Religious Obligation // J. Halacha and Contemporary Society. 1981. Vol. 1. P. 103.

²³⁰

Развитие темы греха и изгнания занимает очень важное место в трудах еврейских мыслителей Средневековья: трагедия изгнания любой еврейской общины или

скотом нашим по воле своей» (Неем 9:37). Поскольку имущество евреев находилось во власти неевреев, евреям также приходилось подчиняться и законам неевреев.

Этот принцип давал мудрецам право следовать не букве, а духу Торы. Например, обычай, называемый דרכי שלום (мирные пути), учитывает необходимость установления добрых отношений между людьми. Согласно Торе, нужно оставлять оставшиеся на поле после жатвы колоски для бедняков-евреев. Однако уже мишна распространяет это право и на неевреев «во имя мира и любви между людьми».

Один из ранних примеров применения этого принципа описано в трактате «Бава Батра»²³¹: «Сказал рав Иехуда Шмуэль: не покупай землю без расписки (игарта – אגרתא). Согласно правилу Шмуэля, отлучается иноверец от права на землю, которая продается, в тот момент, как получил плату. Однако земля не переходит к покупателю еврею до тех пор, пока он не получит расписку от иноверца. Означает это: до того как покупатель не получит расписку, если придет другой еврей и возьмет землю, — будет прав новый владелец, ибо состояние земли между временем передачи денег и временем передачи земли последняя приходит в негодность (простой). Такой порядок Шмуэля противоречит закону, который был принят в Вавилонии во времени Авии согласно персидскому праву, который действовал в то время. Всякая передача земли должна сопровождаться распиской. Пришли Ави и Шауль, как может быть так, что Шмуэль постановил право владельца, которое противоречит

отдельного еврея обычно гиперболизировалась и воспринималась как составная часть общенациональной трагедии — потери Земли Обетованной. О восприятии греха у еврейских поэтов см. статью Ю. Гишон: *Gishon Y. Mekharim le-Sifrut ha-Ivrit ba-Ymei ha-Beinaim ve-le-sifrut be-Idan Renesans*. Tel-Aviv, 2003. P. 171–191.

²³¹

Трактат «Бава Батра», 54, 72,

55. Цит. по: *Shilo Sh. Dina de-Malkhuta — Dina*.

персидскому закону Вавилонии. Разве он сказал “Закон государства — закон”?»).

Как поясняет С. Шило, по персидскому закону простое владение еврея землей не имеет значения: у еврейского покупателя, который одновременно получает расписку от продавца-иноверца, будет право на землю, несмотря на то, что законы Шмуэля защищают в этом случае право владельца (а не собственника). Этот принцип регулирует социальные отношения²³².

Пример использования данного принципа мы находим совсем в другом регионе и намного позже. В сочинении Ахимааца бен Пантиэля «Свиток Ахимааца» (מגילת אחימעז) ²³³ рассказывается о некоем Ханаанеле бен Пантиэлее²³⁴, который, странствуя между Италией и Африкой, потерял все имущество. В Константинополе император дал ему «печать», то есть указ о праве вернуть себе потерянные вещи, если они найдутся у кого-то. Попав в Бари, Ханаанель обнаружил у евреев, живущих в этом городе, одежду и драгоценности, которые он сразу опознал как свои, и потребовал, чтобы ему вернули их: «А многие мудрецы из Бари приводили ему закон (галахический), что тот, кто спас вещь от реквизиции (для армии), из реки и от пожара (эта вещь становится) принадлежащей ему, и так рабби²³⁵ устанавливает в мишне. Он же отвечал

²³² Shilo Sh. Dina de-Malkhuta — Dina. P. 15–16.

²³³ Ахимаац бен Пантиэля (1-я пол. XI в.) — писатель и поэт, живший на юге Франции. «Свиток Ахимааца» был написан в 1054 г. Цит. по кн.: *Евреи и христиане: полемика и взаимовлияние культур: Курс открытого университета / Под ред. О. Лимор, И. Цинглера. Тель-Авив, 2000. Кн. 2, ч. 4. С. 202–203.*

²³⁴ Интересное сходство между персонажем Абу Аарона в «Свитке Ахимааца» и Моше у Давида ибн Дауда в «Sefer ha-Qabbalah» отмечает исследователь Р. Бонфиль: *Bonfil R. Myth, Rhetoric, History? A Study in the Cronicle of Ahima'az // Culture and Society in Medieval Jewry / Ed. M. Ben-Sason, R. Bonfil. Jerusalem, 1989. P. 31–82.*

²³⁵ Рабби — Иехуда Ха-Наси.

им, что это верно, но постановили наши учителя, что закон государства является законом. И вот письмо с печатью, которую приложил мне царь. И они выполнили этот указ с ним и дали ему плащи и книги, а остальное он согласился им оставить»²³⁶.

Этот отрывок показывает столкновение еврейского подхода, соответствующего галахе (спасший вещь приобретает право владеть этой вещью), и принципа «Закон государства – закон», который обязывает подчиниться императорскому приказу и вернуть вещь. В итоге было принято компромиссное решение: требования Ханаанеля были признаны обоснованными, но он должен был отказаться от части своего имущества.

Приведенные примеры отражают некоторые особенности применения принципа «Закон государства – закон». Он задействован только в имущественных делах (ממונא — *мамуна*) и не используется в тех случаях, когда речь идет о делах ритуальных, о религиозных запретах и разрешениях — о том, что называется *исура* (אסורא). По поводу такого ограничения применения принципа в еврейской традиции практически не было разногласий. Один из немногих источников, где этот вопрос поднимается специально, — это возражения рабби Шимеона берабби Цемаха Дурана²³⁷ в связи с назначением Рибаша (рабби Ицхака берабби Шешета Берфета) раввином и даяном (судьей) еврейской общины Алжира. По мнению автора «Ташбеца», принцип «Закон государства – закон» не распространяется на назначение местными, нееврейскими властями судьи для еврейской общины.

«Следует уточнить ряд положений, связанных с этим назначением. Приказ короля означает, что он желает, чтобы судил только этот судья, а

²³⁶ Megillat Ahimaaz / Ed. B. Clar. Jerusalem, 1968. P. 33.

²³⁷ Выдающий знаток Галахи, живший в конце XIV — первой половине XV в. на Майорке и в Алжире. Автор известного сборника респонсов «Ташбец», название которого образовано как аббревиатура слов «ответы Шимеона, сына Цемаха» на иврите.

не другой. Отсюда следует, что никакой другой судья, кроме им назначенного, не имеет права судить. Но, если вы сошлетесь на принцип «Закон государства – закон», нельзя утверждать, что оно универсально и действует всегда и везде. Там, где речь идет о религиозном запрете, нельзя сказать «Закон государства – закон» и разрешить то, что, согласно Торе, запрещено. Иное дело, когда речь идет о делах имущественных — в таких случаях правило в силе, но никак не в делах ритуальных запретов»²³⁸.

На самом деле относительно принципа «Закон государства – закон» в еврейской традиции было больше единодушия, чем по поводу принципа «ло бе-шамаим хи»²³⁹. Одни признавали, что принцип «Закон государства – закон» есть необходимость, когда с его помощью мудрецы Талмуда обосновывали свои галахические решения по поводу пошлин и налогов, налагаемых властями на евреев, а также по поводу признания документов и договоров, составленных в нееврейских учреждениях, законными и допустимыми доказательствами в суде и по другим вопросам.

Например, на основании этого принципа Вавилонский Талмуд (трактат «Гитин») признает законными документы, составленные в нееврейских учреждениях, кроме документов, подтверждающих развод женщины. Раши объясняет эту установку тем, что בני נון, то есть евреям надлежит вести упорядоченную общественную жизнь, поэтому, как правило, нужно признавать их документы. Однако разводное письмо,

²³⁸ Цит. по: Элон М. Указ. соч. С. 165.

²³⁹ По поводу применения этого принципа в диаспоре и сложностей, связанных с ним см. актуальную до сих пор работу: Landman L. Jewish Law in the Diaspora: Confrontation and Accommodation. Philadelphia, 1968.

написанное неевреем, лишено всякой силы, так как здесь идет речь об особых законах, не касающихся неевреев²⁴⁰.

Шмуэль Бен Меир (РаШБаМ, 1080–1160), внук Раши, живший во Франции и считавшийся одним из великих авторов «Тосафот» и комментаторов Писания, так аргументирует необходимость следования принципу «Закон государства – закон»: «Все налоги и подати, и нормы королевских судов, как они приняты в стране, являются законом (для евреев), так как все поданные царства принимают на себя добровольно законы царя и его суд. И этот закон обязателен во всех отношениях, и если кто-то владеет имуществом другого по закону царя, принятому в этом городе, это не будет считаться воровством»²⁴¹.

В статье о равенстве и еврейским и секулярном праве²⁴² С. Шило отмечает, что данный принцип означает равенство перед законом. Это положение, согласно которому закон должен применяться в равной степени ко всем жителям, не вызывало сомнения у мудрецов, в отличие от других аспектов указанного принципа. Также исследователь утверждает, что «даже если еврейское право стремилось воспринять и даже инкорпорировать некоторые секулярные правовые нормы властей, которые не имели одинаковой правовой силы для всех граждан, то в еврейской правовой системе рецепция такой нормы не происходила»²⁴³.

Такое понимание «Закон государства – закон» впервые встречается у ибн Мигаша (1077–1141), но большую известность получила версия

²⁴⁰ Комментарий Раши на трактат «Гитин», 9 б; цит. по: *Евреи и христиане ...*. С. 204.

²⁴¹ Вавилонский Талмуд, трактат «Бава Батра», 54 б; цит. по: *Shilo S. Dina de-Malhuta — Dina*. P. 60.

²⁴² *Shilo S. Equity as a bridge between Jewish and Secular Law // Cardozo Law Review*. 1990–1991. Vol. 12. P. 737–757.

²⁴³ *Ibid.* P. 738–739.

Маймонида: «Общее правило: любой закон, который правитель велит исполнять каждому, а не одному человеку, не считается кражей. Но если это правило распространяется только на одного человека, то этот закон не согласуется законом для всех, но причиняет насилие одному человеку и считается кражей»²⁴⁴. Рабби И. Каро в своем «Шульхан Арухе» приводит изречение Маймонида дословно²⁴⁵.

Категорическое заявление относительно элемента равенства, заложенного в этом принципе, мы встречаем у рабби Элеэзера из Меца, полагавшего, что закон правителя должен распространяться на все провинции и на всех жителей этого государства²⁴⁶. Тем не менее такое понимание представленного принципа противоречило реальному положению дел. Юридический статус *зимми*, который распространялся на немусульманские народы, находящиеся под властью ислама, являлся свидетельством дискриминации, предполагаемой в правовом статусе.

Необходимо заметить, что среди исследователей нет консенсуса по поводу данного вопроса. Одни, как Ш. Д. Гойтейн, Б. Льюис и Н. Стиллман, указывают на терпимость ислама по отношению к немусульманам. Например, Б. Льюис отмечает, что большинство дискриминационных мер, за исключением взимания налогов, носили скорее символических характер, нежели практический. «Зимми не принадлежали к классу носящих оружие, они обязаны были ездить на козле, а не на лошади, при этом они не ездили верхом, а садились в седло как женщины. Из всех подобных унижительных норм особую опасность представлял тот факт, что, поскольку евреи не имели права носить

244

«Незикин», 5:14. Цит. по: *Rambam. Mishne Tora.*

²⁴⁵ *Karo Y. Op. cit. P. 48.*

²⁴⁶ «Piskei al-Rosh Nedarim», 28a; цит. по: *Shilo Sh. Equity ... P. 739, n. 10.*

оружие, они оказывались полностью беззащитными»²⁴⁷. Б. Льюис приходит к выводу, что в целом, в отличие от христианского антисемитизма, отношение мусульман к немусульманам базировалось не на страхе, ненависти или вражде, а на духе соперничества. Принятые эпитеты: для евреев — «обезьяны» (Коран 2:61, 5:65, 8:166), а для христиан — «свиньи»²⁴⁸. Другие, как Бат Йеор, критически рассматривают еврейско-арабские взаимоотношения не только после создания государства Израиль в 1948 г., но и в течение всего периода, когда евреи жили под властью ислама²⁴⁹. Позиция Х. Лазарус-Яфе занимает промежуточное положение в данной классификации: исследователь признает влияние ислама на евреев, но предупреждает об опасности скоропалительных выводов²⁵⁰.

Появление этого института *зимми* связано с именем второго халифа Омара I (634–644), гарантировавшего «народу Книги» *зимма* (букв. протекция) защиту в обмен на согласие с определенными условиями, предполагающими их подчиненность мусульманскому правлению и признание превосходства ислама.²⁵¹ Хотя, как замечает Бат Йеор, «среди западных востоковедов распространено убеждение, будто

²⁴⁷ Lewis B. The Jews of Islam. P. 36.

²⁴⁸ Ibid. P. 33.

²⁴⁹ Позиция Бат Йеор не раз становилась объектом критики со стороны многих исследователей. Так, например, Р. Ирвин в рецензии по случаю выхода в свет английского издания: *Bat Yeor, Kochan M., Littman M. Islam and Dhimmitude: Where Civilisations Collide. Madison, 2001*, пишет, что, описывая положения евреев и христиан на арабских, турецких и персидских землях, Бат Йеор практически не использует материал на этих языках и т.д. (*Irvin R. Books Reviews // Middle Eastern Studies. 2002. Vol. 38, N 4. P. 213–214*).

²⁵⁰ *Lazarus-Yafe H. Bein Halacha...* P. 206–265.

²⁵¹ Относительно применения статуса *зимми* в шиитском государстве см. интересную работу: *Tsadik D. Between Foreigners and Shi'is. Stanford, 2007*.

этот свод законов находится в противоречии с либеральной политикой первых четырех халифов и 90-летним правлением Омейядов (661–750). По-видимому, эти законы были разработаны при правлении первых Аббасидов, во времена, когда фанатичные религиозные авторитеты были заняты борьбой с ересями и жестоко подавляли восстания подвластных народов»²⁵². Признавая тот факт, что христиане и евреи не считались гражданами, Ш. Д. Гойтейн объясняет распространение большого количества дискриминационных норм в рамках данного статуса как результат византийского и сасанидского влияния на ранний ислам. «Но вскоре, — подводит итог исследователь, — к ним добавились унижительные нормы и до конца 2 века Хиджры сложилась полная система законодательства относительно *зимми*»²⁵³.

Бат Йеор описывает негативные элементы статуса *зимми*: «Юридический статус *зимми*, определяемый *зимми*, основывался на договорах между Мухаммедом и еврейскими и христианскими кланами Аравийского полуострова, но в то же время он отличался от них составом принудительных правил. Он был разработан спустя много лет после арабских завоеваний, во времена, когда арабская военная и экономическая колонизация находилась на взлете. Его унижительный характер может быть понят исходя из того факта, что мусульмане обладали властью, облегчавшей узаконение угнетения с помощью военной организации, при полном контроле над средствами подавления. Так, *зимми*, теряя свой первоначальный характер соглашения, принуждающего к выполнению определенных обязательств обе заинтересованные стороны, становился выражением легализованного угнетения. Именно *зимми* являлась инструментом, ведшим к успеху политику арабизации и исламизации

²⁵² Бат Йеор. Указ. соч. Т. I. С. 63.

²⁵³ Goitein S. D. *Minority Selfrule...* . P. 101–116.

обширных районов вне Аравийского полуострова и к исчезновению местных народов и их культур»²⁵⁴.

Статус *зимми* не был результатом исторического процесса, как, например, положение крепостных в христианской Европе, он должен был быть таким исходя из догматов исламской религии, то есть разделения мира. Статус — вид неравноправного временного договора между покровителями (мусульманами) и опекаемыми (*зимми*), который в конечном счете явился следствием идеологии джихада²⁵⁵. Согласно Бат Йеор, джихад (священная война) — глобальная концепция, разделяющая народы мира на два непримиримых лагеря: *дар ал-харб* (земли войны, включающие в себя территории, населенные неверными) и *дар ал-ислам* (земли ислама, родина мусульман, где соблюдаются законы ислама). *Джихад* — нормальное и постоянное состояние войны между *дар ал-ислам* и *дар ал-харб*²⁵⁶, войны, которая может закончиться только окончательной победой над неверными и абсолютным владычеством ислама во всем мире. Из этого следует, что джихад допускает только временное перемирие, в основу которого был положен договор, заключенный между Пророком Мухаммедом и жителями оазиса Хайбар в 628 г., однако впоследствии даже такие договоры заключались только в отношении приверженцев религии Откровения (*ahl al-Kitab* — народ Книги, то есть евреи, христиане и зороастрийцы) при условии выплаты выкупа мусульманам.

²⁵⁴ Ibid. P.63.

²⁵⁵ О понятии «джихад» на сегодняшний день существует бесчисленное количество публикаций на английском и других языках. См, например: *Кепель Ж. Джихад: Экспансия и закат исламизма. М., 2004.*

²⁵⁶ О концепциях территории в исламе см.: *The Concept of Territory in Islamic Law and Thought: A Comparative Study / Ed. by Y. Hiroyuki. London, 2000.*

Итак, юридический статус *зимми* в качестве юридического факта предполагает определенные обязательства и права. Обязательства *зимми* перед мусульманами:

1. Уплата земельного налога — *хараджа*²⁵⁷, поскольку земля, которая раньше принадлежала народу, после экспроприации ее мусульманами поступала в пользование бывшим собственникам на праве аренды.
2. Уплата подушного налога — *джизьи* (Коран 9:29). *Джизья* была трех видов, в соответствии с экономическими условиями жизни каждого индивидуума мужского пола, достигшего зрелого возраста. Согласно предписаниям некоторых юристов, этот подушный налог должен был выплачиваться каждым человеком лично во время унижительной публичной церемонии: *зимми*, платя налог, получал удар по голове или по затылку. Однако Абу Юсуф Якуб (?–798) рекомендовал проявлять милосердие и справедливость при сборе *джизьи*. Женщины, нищие, хронические больные и калеки теоретически освобождались от уплаты этого налога²⁵⁸.
3. Прочие налоги (например, *авания* — незаконные налоги, взимаемые под угрозой).

Как указывает исламский юрист Маварди (?–1058), отличие *джизьи* от *хараджа* состоит в том, что, «во-первых, подушная подать коренится в Коране, тогда как харадж есть продукт личного человеческого усмотрения (*иджстихад*), во-вторых, первая взимается до тех пор, пока человек

²⁵⁷ Как отмечает Я. Мерон, само слово «харадж» (جراج) имеет доисламское происхождение. «В талмудические времена налог также назывался כרגא — *карга*, как например в Вавилонском Талмуде, в трактате “Ебамот”, 46:7» (Meron Y. ha-Din ha-Muslemi be-reiyah hashvaatit. Yerushalayim, 2001. P. 54, n. 28).

²⁵⁸ Бат Йеор. Указ. соч. Т. 1. С. 71.

упорствует в неверии, и отменяется по обращении его в веру, вторая должна быть уплачена независимо от того, упорствует ли человек в неверии или принял ислам»²⁵⁹. Поэтому, если вернуться к пониманию принципа «Закон государства – закон» как одного из проявлений и юридического закрепления равенства, то мы увидим, что даже в уплате налогов евреи не были равны с другими жителями халифата.

Теперь рассмотрим права, которые предоставлялись *зимми*: ислам гарантировал подвластным евреям и христианам право сбора налогов для поддержания функционирования их общественных институтов, право суда, если дела попадали в сферу юрисдикции законов, регулирующих отношения между лицами, принадлежащими к одной общине; свободу религиозного образования и отправления религиозных обрядов, а также признание официального статуса главы каждой общины. Бат Йеор отмечает: «Такие привилегии не были чем-то новым. В своей борьбе за самосохранение посреди языческой империи еврейский народ — и в своей стране, и в диаспоре — сумел добиться сходных привилегий еще во времена правления греков и римлян. Правда, в Византии греческая ортодоксальная церковь стремилась к ограничению этих прав. Арабские же правители восстановили традиционные римские административные законы, применявшиеся к евреям, и распространили их на все терпимые исламом религии»²⁶⁰. Итак, мы можем утверждать, что права, которые были дарованы Омаром I в обмен на ряд обязательств, во-первых, не были чем-то кардинально новым для евреев, во-вторых, как хорошо показано в вышеупомянутой работе Бат Йеор, постоянно подвергались сокращению.

²⁵⁹ Цит. по: там же. Т. 2. С. 45–50.

²⁶⁰ Там же. С. 56.

Современный израильский историк еврейского права Г. Либзон²⁶¹ приводит ряд апологетических высказываний караимов в адрес мусульман. Так, аль-Кумиси, караим, живший в X в., пишет: «...только со временем наступления Царства Исмаила²⁶², ввиду того что они всегда помогают караимам соблюдать Закон Моисея, и за это долг наш благословлять их». Хиркой бен Бабой подчеркивает не столько юридическую автономию, сколько свободу отправления еврейского культа: «Затем пришли исмаилиты, и они позволили им учить Тору и читать еврейскую молитву “Шма” и молиться»²⁶³. Ученый признает, что отношение к мусульманской власти не отличалось единообразием. Конечно, мы не обнаруживаем в гаонических сочинениях прямых инвектив против мусульманских правителей. Если и находились смелые авторы, они выражали свою критику имплицитно, опасаясь репрессий, во всяком случае в источниках, которыми мы располагаем, нет даже намека на какую-либо оппозицию²⁶⁴. Однако те, кто задавали вопросы, находились далеко от центра, поэтому могли свободно выражать свои чувства, не испытывая страха, который им внушало деспотичное правление, ограничивающее их религиозную свободу. Элемент опасения, который мы встречаем в гаонических сочинениях, можно объяснить желанием успокоить власть или предотвратить любые действия, вызывающие враждебность, даже путем отступления от талмудического права или его переосмысления. Так, в трактате «Авода Зара», существует запрет на продажу домов трем гоям, «чтобы они не создали соседство»²⁶⁵,

²⁶¹ Libson G. *Jewish and Islamic Law: A Comparative Study of Custom during the Geonic Period*. Cambridge, 2003.

²⁶² Ишмаэль (Исмаил) — сын Авраама и брат Исаака, прародитель арабов.

²⁶³ Цит. по кн.: *Libson G. Op. cit.* P. 81.

²⁶⁴ *Ibid.* P. 88.

²⁶⁵ «Авода Зара», 21а. Цит. по: *Талмуд*. Мишна и Тосефта.

который был переосмыслен: «Во избежание враждебности никто не должен заявлять этот запрет власти»²⁶⁶.

Талмудическая энциклопедия²⁶⁷ обобщает мнения главных галахических авторитетов Средних веков относительно правового принципа «Закон государства – закон». Авторитеты признают, что этот принцип основан на допущении юрисдикции королевского закона и естественной обязательности его выполнения. Даже если это допущение не выражено, оно может быть применено в виде разрешения проживать в границах королевства (или земли), то есть *de facto*.

Легитимизация добровольного подчинения со стороны еврейских мудрецов, это не столько жизненно необходимая уступка властям, сколько перенесения тяжести утраты суверенитета на символическую власть во «внутренней юрисдикции». Как пишет современная американская исследовательница Рут В. Вайс, «Объяснение военных поражений как следствия не превосходства врага, а неудачи в попытке угодить Богу защищало евреев от некоторых превратностей войны. Евреи, очевидно, видели разницу между победой и поражением, но поскольку их политика зависела от трансцендентной теории суда, им не обязательно было принимать вердикт, вынесенный на поле брани. Временный разгром оставлял вероятность того, что все вернется на круги своя, так же как временный уход из Земли Израиля не исключал шанса на возвращение. Чем больше власти приписывали евреи Богу, тем больше они приобретали политической независимости от власти других народов, тяготевшей над ними. В то же время Бог, который соблюдал долгосрочное, а не краткосрочное соглашение, внушал индивиду чувство стабильности. Поведение всего народа, его повседневные привычки определяли

²⁶⁶ Там же. 21а.

²⁶⁷ *Encyclopedia ha-Talmudit*. Yerushalayim, 1970. Vol. 7. P. 195–308.

суровость коллективного наказания или возможность коллективной награды»²⁶⁸.

²⁶⁸

Бенедикт Р.Р. Евреи и власть, М., 2009. С.24.

2.3. Правовое положение мусульман на немусульманских территориях

Если мы обратимся к истории арабо-мусульманских отношений в Средние века, то мы обнаружим определенное сходство между легальным определением «чужого» по отношению к другим народам и самим мусульманам. История *мудехаров* — мусульман, проживавших на христианских территориях²⁶⁹, начинается приблизительно в X в., когда в королевствах на Пиренейском полуострове появляются так называемые мудехарские *альхамы* (общины), просуществовавшие вплоть до эдиктов о принудительном крещении мавров в XV–XVI вв.²⁷⁰ Предположение И. И. Варьяша о том, что термин «мудехар» происходит от арабского слова *مدجن* (*mudaŷŷan*), «тот, кто платит налоги» — *دجن* (*dayŷŷan*), нуждается в уточнении²⁷¹. На самом деле мудехар — это пассивное причастие от глагола во второй породе, которое означает «прирученный», «одомашненный», «ручной».

Мудехары были обязаны платить налоги христианам²⁷², так же как и евреям, пребывавшим в статусе *зимми*, следовало платить *джизью* и *харадж* мусульманам. Как уже было сказано, евреям оказывалось *покровительство*, что являлось смыслом статуса *зимми*. По сути то же

²⁶⁹ Американский историк Д. Ф. Талер в своей диссертации настаивает на тезисе этнического тождества мудехарского и христианского населения, так как, с его точки зрения, мудехары являлись всего лишь потомками местного населения, обратившегося в ислам. См.: *Thaler D. F. The Mudejars of Aragon during the twelfth and thirteenth centuries. Michigan, 1986.*

²⁷⁰ *Варьяш И. И. Правовое пространство ислама в христианской Испании XIII–XV вв. М., 2001.*

²⁷¹ Там же. С. 42.

²⁷² Там же. С. 45.

самое излагалось в капитуляциях и арагонских грамотах: сарадины признавались вассалами короля, и всячески подчеркивалось, что Корона обещает мусульманам *покровительство и защиту*²⁷³. Более того, в самом раннем мудархарском кодексе, относящемся к концу XIII в., — «Книге Сунны и Шары Мавров» — в числе источников права упоминаются и христианские законы. Как замечает И. И. Варьяш, обычно они фигурируют самостоятельно, однако в главе 271 установления королевства ставятся в один ряд с Сунной²⁷⁴. Таким образом, мусульмане в чуждом для них мире тоже вынуждены были подчиняться законам тех местностей, где они пребывали.

Вместе с тем, по утверждению Омара Халида, мусульмане не мыслят себя подчиненными: «От прочих мировых религий ислам отличает, пожалуй, выраженный интерес к обладанию властью, а исламская политическая теория обычно принимает как само собой разумеющееся военно-политическое господство независимо от того, идет ли речь о малом или большом числе мусульман. Если же не случилось достичь такого преобладания, то по настоянию исламской политической теории потерпевшее неудачу мусульманское сообщество должно существовать совершенно автономно, таким государством в государстве, грубо говоря, в виде османской системы *миллетов* наоборот! Между мусульманскими и немусульманскими государствами предусматриваются договорные отношения <...> Понятие “большинства” и “меньшинства” совершенно чужды политической философии ислама, как чужды они были и в Европе в эпоху, предшествующую Великой Французской революции. Ожидается, что в качестве носителей Божественного послания мусульманский мир будет лишь расширяться благодаря *Дауа*, а никак не сужаться вследствие неверия (*такфир*). Таким образом, сама мысль о том,

²⁷³ Там же. С. 53.

²⁷⁴ Там же. С. 128.

что мусульмане способны пребывать в статусе постоянного и неизменного меньшинства, чужда исламу, так как все территории, не находящиеся под мусульманским управлением, рассматривались Исламом как некая пограничная территория, примыкающая к всемирному *Дар аль-Ислам*, коим самим Богом предопределено включить в себя все человечество»²⁷⁵.

Американская исследовательница, Рут В. Вайс, так говорит о политике ислама: «Арабский пророк насаждал свою религию священной войной, поэтому нет никаких сомнений относительно того, что концентрация власти – итог моральных усилий ислама».²⁷⁶ Историк Бернард Льюис указывает, что эта разница между исламом и родственными ему религиями восходит к началам ислама и биографии его основателя: «В отличие от Моисея, Мухаммед дожил до вхождения в Землю обетованную и завоевания ее. В отличие от Иисуса, он при жизни добился триумфа над земными врагами и основал мусульманское государство в Медине, которым сам управлял... Мухаммед исполнял обычные обязанности главы государства – он вершил правосудие, он поднимал налоги, он издавал законы, он вел войну, он заключал мир. Другими словами, с самого начала, в освященной биографии пророка, в древнейшей истории, сохраненной Писанием и традицией, ислам как религия был связан с применением власти»²⁷⁷

²⁷⁵ Халиди О. Теоретические и практические аспекты жизни мусульман в Соединенных Штатах // Мусульмане в публичном пространстве Америки: надежды, опасения и устремления / Под ред. З. Х. Бухари. М., 2005. С. 111–112.

²⁷⁶ Бенедикт Р.Р. Евреи и власть, М., 2009. С.26.

²⁷⁷ Lewis B. Islamic Revolution // New York Review of Books. Vol. 34. № 21–22 (January 21, 1988).

В Средние века существование судебной автономии у различных конфессий, с одной стороны, и готовность к нормативному самоограничению — с другой, были порождением корпоративного общества. Государство, где существовали разные замкнутые социальные группы, такие как дворянство, горожане, ремесленные и торговые гильдии, не претендовало на централизацию. На первый взгляд такие разные политические образования, как халифат и европейские феодальные государства, готовы были даровать общинную автономию (евреям — в мусульманских и христианских регионах, маврам — в христианском регионе), будучи заинтересованными во взимании налогов с них и, выражая желание продемонстрировать веротерпимость.

Так или иначе, сравнивая исламский и еврейский подходы к определению национальности, можно заметить: и евреи, и арабы искали источник своей самобытности в Священном Писании (Коране и Танахе). Однако сама мысль об универсальности, к которой, как предполагается, должны прийти мусульмане всего мира, чужда еврейскому самосознанию. Другими словами, основополагающие догматы национального самосознания диаметрально противоположны: согласно О. Халиди, мусульманская умма по своей сути является доминантной (даже если не учитывать идеологию непрекращающейся войны против неверных — джихада), еврейская община интровертна *ipso facto* и потому мала и уязвима²⁷⁸.

²⁷⁸ Здесь стоит вспомнить концепцию американского философа немецкого происхождения Х. Арндт и ее критику пассивного поведения евреев во время Холокоста. После суда над нацистским преступником А. Эйхманом она опубликовала

Легитимизация добровольного подчинения со стороны еврейских мудрецов, это не столько жизненно необходимая уступка властям, сколько перенесения тяжести утраты суверенитета на символическую власть во «внутренней юрисдикции».

Через принцип «Закон государства – закон», евреи могли пользоваться правом невмешательства, автономии от индигенной власти. Таким образом, соблюдался паритет сил: часть независимости отдавалась, в то время как, гарантировалось невмешательство в религиозные отношения.

полюемическое сочинение «Эйхман в Иерусалиме» (1963 г.), где высказала идею о «банальности зла». Портрет Адольфа Эйхмана — не безумца и не демона, а всего лишь бюрократа, бездумно выполняющего свои административные функции, связанные с массовым убийством («банальность зла»), — перевернул общепринятые представления о нацизме.

Глава 3

ОБНОВЛЕНИЕ ТРАДИЦИИ. ПОИСК ОРИГИНАЛЬНОСТИ

3.1. Определение границ обновления традиции

Как мы уже упоминали, М. Элон раскрывает две характерные особенности еврейского права: с одной стороны, судебная автономия, дарованная суверенной властью, а с другой — установление обязанности подчиняться королевским законам в определенных обстоятельствах создавали предпосылки для развития аутентичного национально-религиозного законодательства евреев.

Так, один из крупнейших современных авторитетов в изучении галахи, рав Й. Д. Соловейчик²⁷⁹, подчеркивает насколько существенно идейное обновление, которое положено в основу традиции: «Тора была дана на горе Синай человеку галахическому как созидателю миров, тому, кто вместе со Всевышним участвует в деянии творения. Сила обновления лежит в основе традиции и передачи закона. Когда поднялся Моисей на небеса, он увидел, что Бог занят начертанием венцов к буквам Торы — из этих знаков будущие поколения выведут множество законов. Все нововведения знающего ученика являются частью Устной Торы. «Человек может вводить новшества, хотя это не под силу ангелам, которых Господь сотворил совершенными, так что их природа не нуждается в дополнении,

²⁷⁹ Й. Д. Соловейчик (1903, Польша – 1993, США) — один из лидеров ортодоксального иудаизма в США.

— ибо разум человека способен совершенствоваться. Поэтому мудрецы, благословенна их память, вводят новые постановления и ограды, а если бы Тора была дана ангелам, она вечно бы пребывала в одном и том же состоянии, без всяких изменений»²⁸⁰. Творческое обновление является самой сутью Торы»²⁸¹.

Еврейское право, даже если мы будем рассматривать его исключительно с помощью религиозных дефиниций, нельзя ставить в один ряд с такими системами, как христианское средневековое каноническое право, поскольку сфера действия последнего ограничивалась областью, связанной с исполнением культа и личным статусом (брак, развод)²⁸², но не регулировала политические отношения и

²⁸⁰ Комментарий к «Пиркей Авот» — «Пуах хаим».

²⁸¹ *Soloveichik J. D. Ish ha-Halakhah, Galui ve-Nistar. Yerushalayim, 1979. P. 73.* В другой статье в этом же сборнике он опровергает мнение об «окаменелости» галахи: «Свобода исследования и анализа в области галахи чрезвычайно велика <...> Всякий, кому галахическая методология знакома во всех ее эпистемологических аспектах в том виде, в каком она передается из поколения в поколения, не может не признать, что по размаху стимулированного ею интеллектуального творчества, по аналитической остроте и тонкости, по систематичности и последовательности она не уступает ни одному другому подходу, каким бы точным и абстрактным он не был. Напротив, она не знает себе равных» (*ibid.* P. 205).

²⁸² Сравните греческие слова *thémis* и *díkē*. Оба термина обозначают «закон», но первый (*thémis*) относится к семейному праву. Более того, “*thémis* есть атрибут басылея, отмеченного божественным происхождением, а множественное число *thémistes* (*thémistes*) указывает на совокупность его предписаний, свод законов идущих от бога, - неписанное право, собрание изречений, запретов, передаваемых оракулами, закрепляющих в сознании судьи (в роде он – глава семейства) то поведение, которого следует придерживаться всякий раз, когда речь идет о порядке в роду». Напротив, *díkē* (лат. *Dico*, а также *ius*), которое есть межсемейное родовое право заставляет предположить существования формульного права, которым определяется, что должно

судебную систему. Такой подход выражен в формуле: «Воздайте Богу — богово, кесарю — кесарево». Однако, интересно отметить, что в ходе, так называемой, папской революции XI в., когда церковь добивалась независимости от светских правителей, католическое каноническое право постепенно становилось позитивным правом, в Западной Европе непосредственно применялось в большинстве сфер жизни духовенства и ко многим аспектам жизни мирян²⁸³. Это, в свою очередь, стимулировало развитие светского права²⁸⁴.

Применительно к иудаизму, как подчеркивает З. Фальк, «когда мы говорим о праве и религии, нам необходимо обратить внимание на важный источник: еврейский опыт. Другими словами, поскольку право, мораль и религия никогда не были разделены в строгом смысле, еврейская традиция представляет собой модель их взаимодействия и взаимного обогащения»²⁸⁵.

С. Альбек²⁸⁶ подчеркивает этические составляющие правовых норм в Талмуде: «Талмудическое законодательство по своей природе учит человека руководствоваться законами для его блага, то есть для его исправления²⁸⁷ и совершенствования его души, как ему следует вести себя согласно заповедям, которые даровал ему Создатель. Цель талмудического права не упорядочение общественных отношений, а

делать в каждом конкретном случае. *Бенвенист Э.* Словарь индоевропейский социальных терминов. М., 1995, С.303.

²⁸³ Подробнее см.: *Розениток-Хюсси О.* Великие революции. Автобиография западного человека. М., 2002.

²⁸⁴ *Берман Г. Дж.* Вера и Закон: примирение права и религии. М., 1999. С. 228.

²⁸⁵ *Falk Z. W.* Law and Religion: The Jewish Experience. Jerusalem, 1981. P. 15.

²⁸⁶ *Albek S.* Mavo le-Mishpat... .

²⁸⁷ Здесь употреблен термин *תיקון* (*тикун*), исключительно важный в еврейской традиции. Из последних работ по этой теме см.: *Mor U. Tikun Olam be-Hashkafat Hazal.* Yerushalayim, 2003.

достижение поведения цельного человека, как говорили амораи в трактате “Гитин” (69:72). “Вся Тора покоится перед путями мира” (כל תורה כולה נמי) (מפני דרכי שלום) <...> Разница между талмудическим правом и другими правовыми системами заключается в том, что законы в Талмуде являются частью системы заповедей, которые должен исполнять каждый по отношению к вере, культу, морали, подобающему поведению человека к Богу, к себе подобному и к самому себе»²⁸⁸.

Среди исследователей мусульманского права нет однозначного подхода к роли Пророка как законодателя. Одни ученые придерживаются мнения, что Пророк не проявлял интереса к формальному праву, но лишь воспроизводил морально-этические послы²⁸⁹. Другие, наоборот, утверждают, что после переезда из Мекки в Медину, Пророк часто призывался исполнять юридическую роль и восполнял пробелы в праве²⁹⁰. Дж. Шахт, высказывается о роли Мухаммеда в становлении мусульманского права так: «Строго говоря, Мухаммед не предлагал изменить существующее обычное право (customary law). Его предназначение как Пророка было не создать новую систему права, а научить человека, как действовать, что делать и как не пропустить Судный День и приход в Рай»²⁹¹. В таком прочтении *causa finalis* Пророка в достижении трансцендентной истины.

²⁸⁸ Ibid. P. 11.

²⁸⁹ *Hassan A.* The early Development of Islamic Jurisprudence. Islamabad, 1970, P.12ff.
Rosen L. The Anthropology of Justice: Law as Culture in Islamic Society. Cambridge, 1989, P.178.

²⁹⁰ *Goitein S. D.* The Birth Hour of Muslim Law // The Muslim World. 1960. Vol. 50. P. 25.

²⁹¹ *Schacht J.* Introduction to Islamic Law P. 11.

Х. бен Менахем²⁹² предлагает выделить законы, связанные с регулированием индивидуальных взаимоотношений, в отдельную сферу: «Третья сфера включает в себя законы, оберегающие индивидов от самовредительства, такие как законы против суицида или законы против определенных видов половых сношений: эти запреты распространяются даже в частной жизни. Такие законы обычно относятся к патерналистским законам. Большинство законов, которые направлены на охрану индивидуального пространства, также относятся к этой сфере. С полной уверенностью Дж. Милль²⁹³ утверждает, что правовая система должна и обязана вмешиваться в первые две сферы, но третья совершенно выпадает из ее компетенции. Система, не довольствующаяся регуляцией первых двух сфер и распространяющаяся на третью, есть религиозная система, и при таком понимании ее может быть постулировано, что талмудическое право — религиозная правовая система»²⁹⁴.

В этом контексте важен и другой тезис: законодатели не могут регулировать действия, касающиеся интимной внутренней морально-этической сферы²⁹⁵, ибо такие виды отношений лишены признаков

²⁹² Menahem H. B. Is Talmudic Law is a religious Legal System? A provisional analysis // Quarterly Review. 2004. Vol. 94, N 1. P. 114–220.

²⁹³ Джон Стюарт Милль (1806–1873) — английский философ и экономист, автор «Эссе о свободе» и «Принципов политической экономики».

²⁹⁴ Menahem H. B. Op. cit. P. 117.

²⁹⁵ Э. Левинас утверждал: «Этическое отношение одного человека к другому первично в сравнении с онтологическим отношением к самому себе (egologia) или совокупностью вещей, объединенных понятием мира (cosmologia). Взаимоотношение с “другим” есть время, это не поддающаяся слиянию диахрония, смена состояний во времени, когда один момент следует за другим. Не имея возможности его догнать и слиться воедино, мы неизбежно переходим от этической перспективы изменчивости к онтологической перспективе всеединства <...> Этическое взаимоотношение с другим превращается в политическое и вступает в тотальный онтологический дискурс. Будучи

атрибутивности и не носят представительско-обязывающий характер²⁹⁶. Этот тезис использован Фомой Аквинским²⁹⁷ для доказательства необходимости религиозного закона. Он делит сферу закона на четыре части: вечный закон (*lex aeterna*), естественный закон (*lex naturalis*), человеческий закон (*lex humana*) и религиозный закон (*lex divina*), объясняет необходимость каждого из них. Религиозный закон, который у нас есть благодаря божественному откровению, необходим, кроме всего прочего, для регулирования внутреннего психического мира человека. Следуя за Фомой Аквинским, мы, таким образом, вправе добавить дополнительный аспект к нашему критерию: система, обращаясь к внутреннему, психическому миру, является религиозной. Например, может показаться, что последняя, десятая, заповедь «Не домогайся» (Ис

“первой философией”, этика сама по себе не может иметь законодательных функций и создавать правила поведения, революционизирующие и трансформирующие общество. Она не манифест и не “учебник жизни”. В моем понимании нейтральность этики не равнозначна безразличию, это своего рода бодрствующая пассивность по отношению к призывам другого, предшествующая нашему интересу к Бытию. Государство обычно лучше анархии, но не всегда. Поэтому главная роль должна оставаться за этической философией». Цит. по: Керни Р. Диалоги о Европе. М., 2000. С. 208.

²⁹⁶ Природа морали хорошо раскрыта в сочинении: *Петражицкий Л.И.* Очерки философии права Вып.1. СПб., 1900, С.12.

²⁹⁷ Фома Аквинский (Thomas Aquinas) (1225 или 1226, Италия — 7.3.1274, Италия) — средневековый философ и теолог, систематизатор ортодоксальной схоластики, основатель томизма, монах-доминиканец (с 1244 г.). Учился в Неаполитанском университете (1239–44), затем у Альберта Великого в Парижском (1245–1248) и Кельнском (1248–1252) университетах. С 1257 г. — доктор в Парижском университете. Читал лекции в Париже, Кельне, Риме и Неаполе. В 1323 г. он причислен к лику святых католической церкви, в 1567 г. признан пятым «учителем церкви».

20:14) касается именно психического состояния индивидуума, а не вытекает из юридической деятельности законодателя²⁹⁸.

Легитимирующая функция религии была предложена американским исследователем Т. Парсонсом²⁹⁹. По его мнению, социокультурное сообщество не способно существовать, если не обеспечено определенное ограничение действий его членов, установление определенных рамок свободы их действий (лимитирование), соблюдение и следование определенным, узаконенным моделям поведения. Конкретные образцы, ценности и нормы поведения вырабатывают морально-правовая и эстетическая системы. Религия же обеспечивает легитимацию, то есть обоснование и узаконивание существования самого ценностно-нормативного порядка. Именно религия дает ответ на главный вопрос всех ценностно-нормативных систем: являются ли они продуктом общественного развития и, следовательно, имеют относительный характер, могут изменяться в различных социокультурных средах или же они имеют надобщественную, надчеловеческую природу, базируются на

298

Далее Х. бен Менахем приходит к заключению о спорности выделения сферы патерналистского права: «Давайте подумаем над доказательством со стороны патерналистского права. Это относительно слабое доказательство, так как сегодня распространено мнение, согласно которому патерналистские законы могут быть оправданы их принадлежностью к первым двум сферам, обрисованным выше. Общество тогда привилегированное, когда ее члены заботятся друг о друге и не становятся бременем для него. Общественный интерес оправдывает регулирование индивидуального поведения даже тогда, когда насилие прямо не вредит другим личностям. Представленные как законы, защищающие общество, такие законы оправдываются в терминах самого Милля» (*Menahem H. B. Op. cit. P. 114–220*).

299

Толкотт Парсонс (1902–1979) — американский социолог. Основатель школы структурного функционализма в социологии.

чем-то непреходящем, абсолютном, вечном? Ответ на этот вопрос с религиозной точки зрения обуславливает превращение религии в базовую основу не отдельных ценностей, норм и моделей поведения, а всего социокультурного порядка³⁰⁰.

П. А. Сорокин построил типологию правовых культур на основе ценностного подхода. Так, он считал *идеациональной* культуру средневековой Европы, все сферы которой были подчинены религиозным ценностям. В *идеациональной* правовой культуре законодательство рассматривается как данное Абсолютом. «Идеациональные законы, как заповеди мудрого и справедливого Бога, считаются абсолютными и неизменными, а потому не нуждаются в человеческом усовершенствовании и подлежат беспрекословному выполнению»³⁰¹. В нашем случае неизменность и абсолютность заповедей Бога в исламе нашли свое выражение в теории неподражаемости Корана (*I'djaz al-Qur'an*). В Средние века под влиянием ислама подобные концепции были распространены и среди евреев; например, Саадия Гаон стал автором еврейской версии (צהות לשון) арабской концепции «чистого языка», являющейся составной частью теории неподражаемости Корана.

3.2. Механизмы изменения галахи

Однако возникает новый вопрос: как определить механизмы изменения галахи при сохранении основ правовой системы? К. Йорам в

³⁰⁰ *Религия и общество: Хрестоматия по социологии религии / Сост. В. И. Гараджа, Е. Д. Руткевич. М., 1996. С. 196.*

³⁰¹ *Сорокин П. А. Кризис нашего времени // Сорокин П. А. Человек. Цивилизация. Общество. М., 1992. С. 495–497.*

работе о революциях в галахе сравнивает изменения в ней с изменениями, которым подвержен живой язык, и среди первых он различает медленные и быстрые. Темп осуществления изменений зависит от нескольких факторов, к числу которых относятся: а) исторические процессы; б) объективные факторы, связанные с развитием галахи; в) личности создателей галахи.

Так, он поясняет, что сравнительно быстрые изменения имеют место в трагические для народа времена. Например, после разрушения Второго Храма в 70 г. н. э. в одночасье были отменены заповеди (мицвот), посвященные службе в Храме, но параллельно вступил в действие целый корпус новых заповедей, касающихся молитвы и службы в синагоге³⁰². Далее он пишет, что необходимо различать формативный период, который закончился составлением Талмуда (около 500 г. н. э.) и характеризовался относительно высокой степенью динамичности, и период после V в., когда талмудическая галаха считалась завершенной и освященной. Подобные процессы происходили и в мусульманской юриспруденции — *фикхе*. Обычно историю исламского права делят на три периода. Первый период отсчитывается с 622 г. и продолжается до середины X в.³⁰³ Именно тогда начинают складываться юридические школы, и до этого времени «врата иджтихада» открыты.

Еще один фактор — личностный. Даже те мудрецы, которые были сторонниками изменений в галахе, ограничивали свои возможности в

³⁰² Kirsch J. *Mahpehot be-Halacha*. Yerushalayim, 2002. P. 98.

³⁰³ Предыдущий порядок исчисления был установлен Дж. Шахтом, который полагал, что формативный период заканчивается столетием раньше. У. Халлак, напротив, настаивает на более поздней датировке (*Hallaq W. B. The Origins and Evolution of Islamic Law*. Cambridge, 2005. P. 2–7). О датировке появления и развития юридических школ см.: *Melchert Ch. The Formation of the Sunni Schools of Law, 9th–10th Centuries C.E.* Leiden, 1997.

плане ее обновления, поскольку осознавали, что попытки масштабного реформирования в период, когда в этом нет необходимости, могут пробудить сектантские настроения и привести к расколу. Показательный пример — появление христианства. Ранние христиане были евреями, которые продолжали соблюдать заповеди Торы, однако, когда Шауль Гатарси во времена апостола Павла в первой половине I в. н. э. отменил обязанность соблюдать заповеди, христианство превратилось из секты в самостоятельную конфессию³⁰⁴.

Еврейская традиция разделяет заповеди на де-орайта (אלוהים) из Торы и заповеди де-рабанан (רבנים), установленные мудрецами. Те, что принадлежат к первой группе, зафиксированы раз и навсегда, не подлежат изменению.

В своем сочинении «Введение в Мишну» Маймонид различает два вида Устной Торы. Первый вид состоит из божественных пояснений к Писаному Закону (Писаной Торе), данных Моисею на Синае через Откровение. Второй вид содержит правила, выведенные из Писания посредством интерпретации (*псаким*), такие как *a fortiori*, аналогия. Как отмечает Д. Синклер³⁰⁵, первый вид Устного Закона никогда не был объектом дискуссий, тогда как второй изначально отличался противоречивостью. Единственный путь разрешить эти противоречия — следовать мнению большинства в соответствии с библейским предписанием «подчиняться большинству»³⁰⁶. Дж. Фор³⁰⁷ отмечает, что в

³⁰⁴ Hallaq W. B. The Origins and Evolution ... P. 99

³⁰⁵

Sinclair D. B. Legal Reasoning in Maimonidean Jurisprudence // L'Eylah. 1989. Vol. 29. P. 175.

³⁰⁶

Rambam. Mishne Tora.

системе Маймонида вера в Бога — это предписание закона, которое рассматривается как результат его выполнения. Божественность права не теологическое понятие, а правовой принцип, декларирующий, что этот закон «рассчитан» на все времена³⁰⁸. Примеры подобного восприятия мы обнаруживаем и в исламе. Вопрос о принципах интерпретации, в частности о применении аналогии (ар. *кыйас*), был одним из отличий между суннитской школой, которая считала ее четвертым источником законов (первые три — Коран, Сунна и *иджма*, или консенсус), и шиитскими юристами, отвергавшими использования *кыйаса*, полагая четвертым источником законов рациональную интуицию (*'акль*)³⁰⁹.

В другой работе, «Книге Заповедей» («*Sefer ha-mitzhvot*»), которую Маймонид считал вспомогательным пособием к «Мишне Торе»³¹⁰, он решительно выступает против принятого в литературе способа перечисления заповедей (в первую очередь это галахот гдолот, относящиеся к периоду гаонов, а также поэтические произведения в жанре предостережений (азарот³¹¹), перечисляющие 613 заповедей) и выдвигает новые критерии для их точного определения и отбора. По мнению

307

Faur J.

Law and Hermeneutics in Rabbinic Jurisprudence: A Maimonidean Perspective // *Cardozo L. Rev.* 1993. Vol. 14. P. 1650–1688.

308

Ibid. P. 24.

309

Coulson N. J. *Op. cit.* P. 36, 86–103.

310

Об этом он говорит в предисловии к кн: *Rambam. Sefer ha-Mitzvot*. P. 4–5.

311

Азарот писал рабби Саадия Гаон в составленном им молитвеннике, *азарот* рабби Шломо ибн Габироль вошли в сефардский молитвенник на праздник Шавуот. Об этом жанре см.: *Тверский И.* Галаха и философия: основные учения Рамбама: В 10 ч.: Учеб. пос. Тель-Авив, 2001 . Ч. 1, кн. 1, п. 1.1. С. 157.

Маймонида, серьезная ошибка его предшественников заключается в отсутствии у них метода классификации заповедей³¹². Он предлагает ранжировать 613 заповедей, исходя из 14 правил (корней). В отличие от «Перуш ха-Мишна» Маймонид наделяет священным статусом первый вид Устного Закона (в еврейской традиции его называют *де-орайта*). Вторым типом он называет раввинистическим (в еврейской традиции — *де-рабанан*). Для того чтобы объяснить факт вывода священных законов на базе принципов интерпретации, Маймонид отмечает, что мудрость текста Писания такова, что эти законы могут быть поняты через комментарий. Тем не менее единственным нормативным критерием разделения библейского и раввинистического законодательства остается традиция. Только те законы, относительно которых известно, что они были дарованы Моисею на Синае, могут быть определены как библейские. Все другие — раввинистические *a priori*. Так, он заключает: «Дело обстоит так. Если сами мудрецы утверждают, что то или иное понимание Писания, которое не содержится в явном виде в Торе, а выводится с помощью одного из тринадцати способов толкования, является составной частью Торы и непосредственно заповедью Торы, значит, его следует внести в перечень, ибо те, кто получил традиции, утверждают, что оно из Торы. Если же мудрецы не разъяснили этого и не указали в явном виде, значит, это постановление мудрецов, и оно не содержится в Торе»³¹³.

Кроме того, в данном сочинении он приводит таксономию заповедей, разрабатывает технику упорядочения традиции по заповедям³¹⁴, содержащимся в книге Торы, или по правилам, на которые, очевидно, следует опираться при подсчете заповедей: «Из шестиста

³¹² *Rambam*. Op.cit. P. 5–6.

³¹³ *Ibid*. P. 11.

³¹⁴ Подробнее см.: Долгопольский С. Б. Риторика Талмуда: анализ в постструктуралистской перспективе. СПб., 1998. С. 29–30.

тридцати заповедей, заповеданных нам Всевышним, заповедей действовать 258, по числу членов тела человека, и заповедей не действовать 356, по числу солнечных дней. Число это упоминается в выражении из Талмуда, в конце гемары трактата «Макот»³¹⁵. Говорили: «Учил рабби Симлай³¹⁶: «613 заповедей дарованы Моисею на Синае, из них 365 запретов по числу дней в солнечном году, и 248 повелений, по числу органов человеческого тела»». И еще говорили, толкуя, о том, что заповедей действовать по счету членов, как сказано, каждый член велит человеку: «Выполни мою заповедь», — и что заповедей не действовать по счету дней года, как сказано, каждый день велит человеку: «Мною не переступни»»³¹⁷.

В описании 613 заповедей Маймонид следует еврейской традиции, в которой принято различать заповеди действия (משע מצוות), связанные с исполнением определенного действия (248 заповедей), и заповеди запрета действовать (משע לא מצוות), таких заповедей всего 365 (ג'ר"ג — тарьяг)³¹⁸.

Однако те установления, которые появляются в книгах «Пророки» и «Писания», воспринимаются как заповеди Торы, несмотря на то что они не входят в число 613. Например, стих «...и вносить записи, и запечатывать и приглашать свидетелей» (Иер 32:44), который указывает на наличие подписей свидетелей при оформлении договора купли-

³¹⁵ «Макот», 23б. Цит. по: *Талмуд. Мишна и Тосефта*.

³¹⁶ Рабби Симлай (кон. III – 1-я пол. IV в.) — аморай, впервые определивший число 613: «613 заповедей дарованы Моисею на Синае, из них 365 запретов по числу дней в солнечном году, и 248 повелений, по числу органов человеческого тела» (трактат «Макот», 23б. Цит. по: *Талмуд. Мишна и Тосефта*).

³¹⁷ *Rambam*. Op. cit. P. 6

³¹⁸ *De-Paris B. Historiya ha-Halacha ha-Talmudid*. Tel-Aviv, 1962. P. 50–68.

продажи земли, понимается, согласно трактату «Гитин» (36:1), как *халаха ми-орайта*.

В предисловии к «Мишне Тора» Маймонид объясняет так: «И есть другие заповеди, появившиеся после дарования Торы. Их установили пророки и мудрецы, и распространились они во всем Израиле, как, например, чтение “Мегилат Эстер” (“Свиток Эстер”), свечи Хануки, пост Девятого Ава, эрув и омовения рук; и у каждой из этих заповедей есть свое толкование и подробности, и все это будет объяснено в нашем сочинении. Все эти новые заповеди мы обязаны принимать и соблюдать, как сказано: “Не отклоняйся от слов их...” (Второзаконие, 17:11), и они не являются добавлением к заповедям Торы. А насчет чего же предостерегает Тора: “Не добавляй к нему и не убавляй от него” (Второзаконие, 13:1)? Это означает, что Пророк не может ввести новую заповедь, объявив, что Господь, да будет Он благословен, заповедовал добавить эту заповедь к заповедям Торы. Не может он и провозгласить, что одна из этих шестисот тринадцати заповедей отменяется; но если суд вместе с пророком, который будет в это время, добавил заповедь в качестве постановления <...> это не прибавление, запрещенное Торой»³¹⁹.

Дж. Маки в статье, посвященной подходам к категоризации концепта закона у Платона, аль-Фараби и Маймонида, отмечает, что в своих работах Маймонид проводит различие между «Законом», или еврейским законом (уникальная еврейская категория), и «законом», который является общим феноменом почти для всех обществ. Закон как общая категория часто включает еврейский закон, хотя иногда нееврейское право приходит в противоречие с еврейским законом³²⁰.

³¹⁹ «Мишне Тора», цит. по: *Элон М.* Указ. соч. С. 365–366.

³²⁰ *Масу J.* The Rule of Law and the Rule of Wisdom in Plato, al-Farabi and Maimonides // *Studies in Muslim-Jewish Relations* / Ed. by R. L. Nettler. Harwood, 1994. Vol. 1. P. 212.

Далее исследователь делает вывод, что у Маймонида можно найти четыре дефиниции закона:

1. Еврейское право как общее понятие включает в себя фундаментальные аспекты иудаизма и содержание традиционного корпуса текстов.
2. Специфические положения *галахи* объединяют отдельные заповеди и запреты, там же приведено их деление на классы (например, хуким, мицвот, мишпатим).
3. Закон как универсальный феномен, например рассуждение Маймонида в «Путеводителе растерянных» (2:39) по поводу различия между законами, которые *потоі*, и божественными законами.
4. Закон, содержащий специальные нормы, которые не являются собственно еврейскими³²¹.

Дж. Маки замечает, что концепцию Маймонида в отношении ограничения «нормы права» можно сравнить с позициями Платона и аль-Фараби. Как и в сочинениях последних, где сделан акцент на позитивных аспектах «нормы права», Маймонид утверждает, что закон (включая еврейский закон) должен быть абсолютным и универсальным. Он говорит об опасности позволить всем менять закон³²², а следовательно, предполагает, что законы должен принимать орган, состоящий из уважаемых мудрецов.

Таким образом, позиция Маймонида состоит в том, что к основному законодательству — Писаной Торе нельзя ни добавить, ни убавить от него, поскольку акт основного законодательства вечно существует в той же форме, в какой он был дан в момент дарования Торы, и всякое субсидиарное указание или отмена закона запрещены. Однако если

³²¹ Ibid. P. 228, n. 51.

³²² Маймон М. бен. Путеводитель заблудших. 3:41.

добавления или отмена носят акцессорный характер и возникают в качестве второстепенного законодательства, а выносящий постановление судья четко осознает это и заявляет, что, согласно Торе, данное конкретное действие разрешено или запрещено и он не собирается изменять закон самой Торы, — такое введение правила легитимно, ибо оно действует в области не основного, а второстепенного законодательства.

Другую классификацию предлагает Саадия Гаон³²³ в трактате «Книга верований и мнений»³²⁴. Обосновывая мутазилитскую концепцию божественной справедливости³²⁵, известную в еврейской трактовке как *схар вэ-онеш* (воздаяния и наказания), он приходит к выводу, что Бог по своей бесконечной доброте хочет предоставить человеку свободу воли и поощрять его к правильному поведению. Эта помощь облекается в форму откровения, получаемого через пророков; хотя человеческий разум способен вывести много общих предписаний (таких как запрет воровства или необходимость наказания грешников), нюансы даже таких фундаментальных принципов не могут быть определенно и однозначно установлены тем же способом.³²⁶ «Кроме этого, Бог даровал нам не только рациональные, но и нерациональные заповеди. Первая категория заповедей называется *аклият*, “рациональные”, а вторая — *самийят*, буквально “услышанные”, то есть их авторитет основан на том, что они “получены” от Бога. Такие предписания могут служить целям, которые

³²³ Саадия Гаон (882–942) — вавилонский еврейский мудрец и политический деятель, один из создателей еврейской теологии и яростный оппонент движения караимов.

³²⁴ Landauer S. Kitab al-Amanat wal-Itikadat. Leiden, 1880. P. 22–25.

³²⁵ Подробнее см.: Вольфсон Г. О. Философия Калама / Пер. с англ. М. Н. Вольф. Лондон, 1976. Гл. 8. С. 601–719.

³²⁶ Броди Р. Евреи Вавилонии и формирование средневековой еврейской культуры. М., 2006. С. 337.

человеческий разум в состоянии оценить; к примеру, запрет на работу в определенные дни предоставляет время для отдыха и возможности для общения. При этом Бог может также произвольно предписать или запретить какие-либо действия, сами по себе нейтральные, просто с целью наградить свои создания за послушание...»³²⁷.

Однако такое толкование понятия *самийят* необходимо уточнить, обратившись к этимологии. Арабский глагол *سمع* идентичен ивритскому *שמע*, который переводится как «слушать», «внимать». Например, в Онкелосе глагол *shama* «слышать» в предложении «...*vehaya im shamao tishmeu*» («...если ты будешь усердно внимать моим заветам») (Втор 11:13) систематически переводится как «соглашаться», в этом случае «*kabala tekablun*» — «если ты будешь соглашаться». В комментарии к Торе Раши, внимательный к нюансам языка, почувствовал тонкое различие, написав: «...любой пример слушания означает согласие с чем-то, Онкелос переводит *vekiblu*, а для слушающих он переводит “*ve-shamu*”» (Быт 37:27). Другое обоснование: стих, хорошо выражающий Веру евреев, «*Shma Israel*, Наш Бог, Бог единственный» (Втор 6:4), не может быть переведен как «Слушай, о, Израиль», но допустим вариант «Прими, о, Израиль».

Экстраполируя разделение заповедей по прагматическому принципу у Саадии Гаона на этимологическую трактовку слова «*shma*’», можно заявить, что, давая название (*самийят*) категории нерациональных заповедей, Саадия Гаон постулирует идею, согласно которой заповеди, дарованные Богом, имеют равную императивную ценность, несмотря на разную степень рациональности и применимости их в жизни.

Как отмечает Р. Броди, «гаоны считали необходимым подкреплять тезис об обязательности Торы философской аргументацией как в целом, так и в частности. Так, Саадия объясняет, что Тора содержит три главных

³²⁷

Там же. С. 338.

компонента, которые, дополняя друг друга, служат основной цели — побудить читателя подчиняться божественному закону»³²⁸: «Ибо это книга, которая учит послушанию (Богу), а суть этого послушания — исполнение заповедей. И мы убедились, что лучшая подготовка человека к принятию заповедей состоит из трех частей: заповедь, (обещание) вознаграждения, (примеры для) размышления. Заповедь — “Делай” и “Не делай”. (Обещание) вознаграждение — описание последствий и вознаграждение/расплаты за действия, которые были предписаны или запрещены. (Примеры для) размышления — рассказы о людях, которые соблюдали их (то есть заповеди) и процветали, и о людях, которые пренебрегали ими и гибли. <...> И поскольку Всезнающий знал, что мы получим наибольшую пользу от соединения этих трех элементов, он сделал их краеугольными камнями Своей Горы»³²⁹.

Здесь мы наблюдаем попытку применить философский инструментарий к правовому и — шире — религиозному дискурсу. Однако, по мнению выдающегося исследователя еврейской мистики, еврейского мыслителя XX в. Г. Шолема, в средневековой еврейской философии не удалось создать синтез философии и права: «Александр Альтман, поставивший вопрос о сущности еврейской теологии»³³⁰, справедливо считает одной из главных слабостей классической еврейской философии то, что она игнорировала проблему, поставленную галахой. Весь мир религиозного Закона остался за пределами сферы философского исследования и, разумеется, не стал объектом философской критики. Не то, чтобы философ отверг этот мир или бросал ему вызов. Он также жил в нем и подчинялся ему, но тот никогда не становился неотъемлемым

³²⁸ Броди Р. Указ. соч. С. 354.

³²⁹ *Perushei Rav Sacadyah Gaon li-Bereishit ...* . P. 7–8 (пер. на иврит, p. 171–172).

³³⁰ Имеется в виду работа: *Altmann A. Was ist Juedische Theologie. Frankfurt am Main, 1933. S. 15.*

элементом его творчества. Не этот мир был источником его мыслей. Неоспоримость данной истины особенно хорошо видна на примере Маймонида и Саади, в учениях которых встретились эти два потока. Оба мыслителя потерпели полную неудачу в своих попытках достигнуть истинного синтеза этих двух элементов, Галахи и Философии, на что обратил внимание уже Эмануэль Давид Луцатто. Маймонид, например, начинает свой великий свод галахических законов “Мишне Тора” философской главой, не имеющей никакого отношения к самой главе. Он не успел в своей попытке достигнуть синтеза этих двух миров, и даже его гений, благодаря которому им была придана видимость единства, не может не скрыть их внутреннего несоответствия»³³¹.

3.3. Деятельность судьи

Особое место суда в еврейском праве и культуре обусловлено тем фактом, что в определенном смысле судья на уровне общины был единственным правоприменителем, более того, часто выступал также в роли законодателя. Знаменитый израильский правовед, бывший председатель Верховного Суда Израиля А.Барак в книге «Судебное усмотрение» обращаясь к формальным источникам судебского усмотрения, различает две ситуации: 1) когда существует выраженное правило, наделяющее судью правом усмотрения; 2) при отсутствии такого правила судья опирается на принцип господства права, однако, находясь «в границах между молекулярным и клеточным уровнями», он законодательствует только в брешах, заполняя «открытые пространства в праве». Пределом власти судьи служит выраженное намерение

³³¹

Шолем Г. Основные течения в еврейской мистике. М., 2006. С. 61–62.

законодателя («Ноты — статутные, только исполнение музыки — судебное»³³². Но в отсутствии законодательных органов в средневековой еврейской общине, судейское нормотворчество, с одной стороны, бесспорно, становилось источником права, с другой - выступало способом оживления традиции и Писания.

Все сказанное выше о еврейской судебной автономии верно, однако необходимо помнить, что в разные исторические периоды после потери независимости и разрушения Второго Храма в 70 г. пределы автономии варьировались. До этого события система судов в Израиле была выстроена следующим образом: в поселениях, где проживали менее 120 человек, располагался бейт-дин в составе трех судей. Этот суд был полномочен решать только финансовые споры. Во всех более крупных городах учреждался малый Синедрион, то есть суд, состоящий из 23 судей, наделенный правом выносить смертный приговор. Кроме этого, в районе Храмовой горы находилось три суда: два бей-дина (по 23 судьи в каждом) перед входом на Храмовую гору и перед входом во внешний двор Храма, а также Великий Синедрион в составе 71 судьи (включая председателя — *наси*), который ежедневно заседал в самом Храме³³³.

Само название «Синедрион» появилось впервые у Иосифа Флавия в контексте, где речь шла о правлении Гиркана II³³⁴ (50-е гг. н. э.). Однако у данного института существовало множество разных имен. В литературе татнаев встречаются следующие названия: Великий суд в Иерусалиме, Верховный суд в Палате тесаных камней³³⁵, Суд семидесяти одного, Великий Синедрион или просто Синедрион. Иногда этот орган

³³² Барак А. Судейское усмотрение, С.135-136.

³³³ Подробнее см.: Вейсман М. Указ. соч. С. 219–263.

³³⁴ Гиркан II Иоханан (ок. 103 — 30 до н.э.) — первосвященник, старший сын Александра Янная и Соломеи-Александры. Был убит Иродом в Иерусалиме.

³³⁵ Так называли один из залов Храма, где заседал Синедрион.

упоминается без конкретного названия; например, его члены назывались старцами или старейшинами суда, или мудрецами. Г. Аллон³³⁶ приводит ряд обозначений Синедриона, которые можно найти в нееврейских источниках: Синедрион мужей иерусалимских, герусия³³⁷, народная герусия или герусия всех сынов Израилевых, пресвитерион и даже Великий Собор³³⁸.

Иосиф Флавий приходит к заключению, что герусия существовала у евреев уже в библейские времена и выступала, как и первосвященник, и пророки, в качестве высшей судебной инстанции: «Но если судьи не видят, как поступить с делом, которое надо разрешить <...> пусть пошлют они описание этого дела в святой город и попросят первосвященника, и пророка, и совет старейшин (герусию) встретиться и вынести приговор, какой они сочтут нужным»³³⁹.

Упоминание первосвященника в качестве отдельного элемента в механизме принятия решений наряду с Синедрионом содержит отсылку к спору между рабби Иехудой и мудрецами о количестве мест в Синедрионе. Что касается упомянутого пророка, то этот отрывок не единственный, в котором пророк указывается в качестве консультанта при вынесении приговора. Указанный факт особенно важен в связи с уже упоминавшейся позицией Маймонида относительно запрета пророкам

³³⁶ Аллон Г. История евреев Эрец-Исраэль в талмудическую эпоху: В 2 т. Иерусалим, 1994. (Серия «Библиотека Алия»). Т. 1. С. 162–163.

³³⁷ Герусия (греч. совет старейшин) — учреждение, совмещавшее функции административного и постоянного представительского органа; возникла, по-видимому, в период персидского владычества (539–332 гг. до н.э.).

³³⁸ Великий Собор — религиозно-законодательная институция, существовавшая в Иудее в период после вавилонского пленения. Традиционно ее становление связывается с деятельностью Эзры и Нехемии по упрочению и развитию еврейских религиозных традиций.

³³⁹ Флавий. Иудейские древности: В 2 т. СПб., 1994. Т. 1. С. 117.

менять галаху. Как замечает Г. Аллон, термин, несомненно, был своего рода рудиментом, памятью о значительно более древних временах. Поскольку бытовало убеждение, что после возвращения из вавилонского плена пророков уже не было, то отсутствовали и основания сомневаться в авторитете Синедриона, выступавшего в качестве последней инстанции в обсуждении правовых и религиозных вопросов³⁴⁰.

В обилии названий Синедриона А. Бюлер усматривает подтверждение своего тезиса о наличии нескольких подобных учреждений, каждое из которых обладало собственными функциями. Он сформулировал данную гипотезу, пытаясь ликвидировать острые противоречия между раввинистическими и нееврейскими источниками. Традиция таннаев представляет Синедрион как орган, состоявший исключительно из ученых мудрецов. Однако нееврейские источники утверждают, что и священники, особенно высшее священство, играли важную роль. Таким образом, он приходит к выводу о наличии в Иерусалиме трех различных институтов:

1. Верховный суд в Палате тесаных камней — религиозный суд, который состоял исключительно из ученых фарисеев и рассматривал все, что касается религиозных обрядов и храмовых культов.
2. Собственно Синедрион рассматривал судебные дела и определял наказания за преступления против Храма.
3. *Буле (Boulé)* — правящий орган в городе Иерусалиме наподобие европейских магистратов³⁴¹.

В Торе есть специальная глава, в которой много внимания уделено вопросу назначения судей и порядку осуществления судебного

³⁴⁰ Аллон Г. Указ. соч. С. 174.

³⁴¹ Цит. по: там же. С. 163–164. Хотя подобная точка зрения не нашла понимания у других исследователей, см.: там же. С. 164–165.

разбирательства (Исх 18:21–26), причем эти предписания имеют силу повеления (Втор 16:18). Здесь интересны параллели с Кораном. Рассмотрим постулат о праведном суде:

«18. Судей (*шофтим*) и смотрителей (*шотрим*) Понятно, что всегда было принято, чтобы судья (*шофет*) был мудрым, сведущим (חכם — *хахам*) и еврейские мудрецы (*хахамим*) часто выступали в качестве судей. Как отмечает Дж. Шахт, «когда Коран говорит о судебной деятельности Пророка (сура 4:105³⁴²), то используется глагол حَكَمَ (*хакяма*)³⁴³ и его производные, в то время как глагол قَدَأ, от которого происходит слово *кади*, постоянно отсылает не к решениям судьи, а к правовым актам правителя (*хаким*), Аллаха или Пророка. Только один раз два глагола встречаются в одном аяте (сура 4:65). “О нет, — клянусь твоим Господом! — они до тех пор не будут считаться настоящими верующими в Истину Аллаха, повинующимися Ему, пока не сделают тебя судьей в спорах и разногласиях между ними, пока не перестанут сопротивляться твоим решениям и подчинятся им полностью как искренние верующие”»³⁴⁴.

В другом месте Дж. Шахт пишет, что судебные функции арабского *хакяма* (третейского судьи) расширились за счет законодательных, поскольку его решения рассматривались как источник обычного права³⁴⁵. Ш. Д. Гойтейн добавляет, что «судью в доисламские времена называли *хакям*, то есть это ивритский *хахам*, который обладает божественной силой. Несмотря на то что, согласно арабской концепции, Мухаммед был

³⁴² «Мы ниспослали тебе (о Мухаммед!) Писание — Коран — истиной и правдой, в котором разъясняется истина до Дня воскресения, чтобы ты справедливо судил между людьми. Будь судьей между ними и не будь защитником изменников, предающих других!»

³⁴³ Этот глагол означает «править», «судить», «приговаривать». Махкяма — суд.

³⁴⁴ *Schacht J. Introduction...* . P. 10.

³⁴⁵ *Ibid.* P. 3.

выдающимся духовным правителем в Медине, то, что ему надлежало действовать как *хакяму*, было естественно не только для мусульманина, но и для неверующих в Аллаха, в том числе евреев, у которых были, согласно Корану, собственные *rabaniyyun* и *ahbar* (ивр. *рабаним* и *хаверим*), рабби и мудрецы, которые наставляли евреев в правовых вопросах»³⁴⁶.

Говоря об отправлении правосудия, Ван ден Берг отмечает, что «Неверующие (зиммий) могут быть, по мнению Абу Ханифы, поставлены судьями над своими единоверцами, а, по мнению Шафии – не могут. Последний смотрит на отправление зиммием правосудия именно как на действия третейского судьи (*хаким*). Если единоверцы согласны подчиниться его приговору, то это им не возбраняется, подобно тому, как каждый может с согласия противной стороны представлять свои гражданские споры на решения третейского судьи; но приговор, постановленный таким образом, не имеет обязательной силы, так что если неверующий желает получить против своего единоверца приговор, имеющий обязательную силу, то ему не остается ничего иного, как представить дело на решение мусульманского кадия»³⁴⁷.

Таким образом, разница между *кади* и *хакям* в том, что первое слово обозначает официальную должность лица, решения которого обязательны для сторон спора и выносятся от имени государства (власти, халифа), в то время как *хакям* призван решать споры на добровольных началах и источником его власти не является санкция государства.

Описывая судебную организацию мусульман в Средние века, М. Кадурри указывает, что «судья (*кади*), по сути *наиб* (заместитель), — полномочный представитель правителя. Он не обладает независимостью или автономией <...> Правитель провинции, как лидер армии победителя, распределял свои судебные полномочия между несколькими

³⁴⁶ Goitein S. D. Studies in Islamic History and Institutions. Leiden, 1968. P. 129.

³⁴⁷ Ван ден Берг Л.В.С. Основные начала мусульманского права. С.192-193.

подчиненными <...> Последствием делегирования полномочий было слияние судебных и исполнительных полномочий»³⁴⁸.

Раскрывая статус *кади*, Н. Кулсон также подчеркивает «многофункциональность» мусульманского судьи: «Среди армии чиновников, созданной в правление Омейядов, был кади, судья особого типа. Наподобие других чиновников он выступал представителем местной власти, но у него была особая задача — урегулирование споров; исполнительная власть не могла больше справляться со старой системой *ad hoc* арбитров. Поначалу судебная функция была вторичной, не основной, рассматривалась как часть административной работы. В ранний период существовали глава полиции и глава казначейства, замещающие пост *кади*. В 717 г. египетский кади Ияд был чиновником, ответственным за зернохранилище. Незадолго до конца периода Омейядов *кади* сосредотачивается на исполнении судебных функций»³⁴⁹.

Таким образом, как у евреев, так и у мусульман статус судьи предполагал наличие не только собственно судебных полномочий, но и административных (исполнительных). Другими словами, еврейский или мусульманский судья принимал участие в руководстве общиной, выносил решения, которые часто становились правилами по типу англосаксонского *case law*.

Еврейские мудрецы (*хахамим*) после разрушения Второго Храма в 70 г. выступали не столько как судьи (*шофтим*), сколько как третейские судьи, в том смысле, что сила их решений была ограничена рамками еврейской общины

³⁴⁸ *Law in the Middle East: In 2 vols / Ed. M. Khadduri, H. J. Liebesny. Washington, 1955. Vol. 1: Origin and Development of Islamic Law. P. 236–239.*

³⁴⁹ *Coulson N. J. Op. cit. P. 28–29.*

3.4. Выводы

Концепция жизнестойкости традиции неразрывно связана с содержанием морально-этических интенций, *мицвот* (еврейских заповедей), именно в ней заключается отличие еврейского права от других правовых систем (в первую очередь от мусульманской и канонической). С. Альбек в своей монографии о еврейском праве в талмудический период³⁵⁰, а также С. Фальк и Х. бен Менахем подчеркивали этические составляющие правовых норм, изложенных в Талмуде. Д. Синклер, Дж. Фор и Дж. Маки выявили влияние мусульманской мысли на правовое обоснование и классификацию еврейских заповедей.

По утверждению Й. Кирша, механизмы внесения изменения в галаху и частота их осуществления зависели от нескольких факторов, а именно от исторических процессов, объективных факторов, связанных с развитием галахи, и личных характеристик ее создателей. Анализ двух классификаций *мицвот*, одна из которых была предложена средневековым мыслителем Маймонидам, другая — не менее известным еврейским средневековым мудрецом Саадией Гаоном, показывают, что в них отразилось влияние со стороны мусульманского права.

В первой классификации количество заповедей (613) обосновывается путем сложения количества частей тела человека и количества дней солнечного календаря, что укладывалось в рамки еврейской традиции. Как показал Дж. Маки, «расщепление» понятия права на четыре категории берет свое начало в сочинениях Платона и аль-Фараби. Другой исследователь трудов Маймонида приходит к выводу о том, что в его системе вера в Бога — это предписание, которое рассматривается как результат применения закона. Божественность права

³⁵⁰ *Albek S. Mavo le Mishpat...*

не теологическое понятие, а правовой принцип, декларирующий, что этот закон «рассчитан» на все времена³⁵¹. Маймонид чувствовал, что для обоснования изменений, которым подвергается галаха с учетом требований времени (ивр. מגדר מלמא — *мигдар милма*), ее необходимо отделить как от еврейского закона, который *ipso facto* неизменен, так и от нееврейских установлений, которые относятся к области позитивного права.

Суть позиции Маймонида относительно механизмов изменения галахи состоит в том, что основное законодательство — Писаную Тору нельзя расширять или урезать, поскольку акт основного законодательства вечно существует в той же форме, в какой он существовал в момент дарования Торы, и всякое субсидиарное указание и отмена закона запрещены. Однако, если добавления или отмена носят акцессорный характер и рассматриваются в качестве части второстепенного законодательства, а выносящий постановление судья четко осознает это и заявляет, что, согласно Торе, это конкретное действие разрешено или запрещено и он не собирается изменять закон самой Торы, — такое введение правила легитимно, ибо оно действует в области не основного, а второстепенного законодательства.

Вторая классификация была предложена Саадией Гаоном. Заповеди делятся на две группы, в зависимости от степени их рациональности. В качестве постулата предложена идея о том, что заповеди, дарованные Богом, имеют равную императивную ценность, несмотря на ту или иную степень рациональности и применимости их в жизни.

Кроме того, в данной главе представлен анализ того, какова роль судьи при принятии решений и каков объем его полномочий. Мы пришли к выводу, что и у евреев, и у мусульман статус судьи предполагал

351

обладание не только собственно судебными полномочиями, но и административными (исполнительными). Другими словами, еврейский или мусульманский судья принимал участие в руководстве общиной, выносил решения, которые часто становились руководством, правилом по типу англосаксонского *case law*.

Заключение

Выявление особенностей еврейской правовой системы проведено путем сравнения еврейского и мусульманского права. Рассмотрены три принципа: «Не на небесах она», «Закон государства — закон» и принцип обновления традиции. Все они формируют три «измерения» еврейской правовой системы — внутреннее, внешнее и динамическое (во времени). Именно благодаря сравнительному анализу двух схожих правовых систем четче просматриваются особенности каждой из них.

Первая особенность заключается в содержании понятия «галаха». Несмотря на наличие синонимического ряда терминов, обозначающих понятие «право» в иврите (*галаха, мишпат, дин, хок, асура*), термин «галаха» выступает *основным* по отношению к другим наименованиям,

например к термину «право». Надо учитывать, что в то время юридические конструкции только входили в оборот и их употребление отличалось неустойчивостью и незавершенностью³⁵². Это касается и восточной, и западной традиций права. Так, Г. Дж. Берман знаменитый историк и теоретик права, пишет: «Некорректно было бы сказать, что в римском праве эпохи Юстиниана и до нее не было общих понятий вообще <...> Однако эти понятия не воспринимались как идеи, пронизывающие все нормы и определяющие их применимость. Они не рассматривались с философской точки зрения <...> Понятия римского права были привязаны к определенным юридическим ситуациям. Таким образом, можно сказать, что хотя в римском праве присутствовали понятия, там отсутствовало определение самого понятия»³⁵³.

Как и *шариат*, галаха в первую очередь мыслится в рамках неразрывной связи с религиозным контекстом. Не случайно, что одно и то же слово *дин* означает на иврите «закон», а на арабском — «религия». Одно из принципиальных отличий западного права от не являющегося таковым Г. Дж. Берман видит именно в отношении права к религии: «Хотя право и остается под сильным влиянием религии, политики, морали, обычая, однако его можно аналитически отличить от них. Например, обычай в смысле привычных образцов поведения отличается от обычного права в смысле обычных норм поведения, считающихся юридически обязывающими. Точно так же политика и мораль могут определять закон, однако они не мыслятся как сам закон, что имеет место в некоторых других культурах»³⁵⁴. Согласно типологии П. А. Сорокина, средневековая европейская культура относится к типу *идеациональной культуры*, все сферы которой были подчинены религиозным ценностям.

³⁵² Черданцев А. Ф. Указ. соч. С. 151.

³⁵³ Берман Г. Дж. Западная традиция права... С. 151–152.

³⁵⁴ Там же. С. 25.

Однако в результате папской революции, произошедшей во времена правления папы Григория VII, западная система права быстрее «освободилась» от религиозной формы деонтологии, которая стала регулироваться исключительно каноническим правом. Подобная двойственность церковной и светской юрисдикции была не знакома иудаизму вовсе³⁵⁵. *Галаха* — это не только совокупность правовых текстов, но и своего рода посредник между традицией как объективной величиной и человеком.

Вторая особенность понимается как отведение традиции исключительного места в качестве источника еврейского права. Точнее, можно выделить ряд положений, которые определяют, с одной стороны, место традиции в источниках еврейского права, а с другой — легитимность полномочий мудрецов развивать и обогащать галаху.

Первое положение. Эйдетически галаха имеет двойственный характер. С одной стороны, в мидраше «Шемот раба» Моисею одновременно вместе с Письменной Торой была дарована и Устная Тора, таким образом презюмируется, что Устная Тора происходит из божественного источника. Еврейский философ Иосеф Альбо, живший в XIV–XV вв. в Испании, развивает посыл, заключенный в данном мидраше, так: «Невозможно, чтобы Тора Всевышнего, благословен Он, удовлетворяла наши потребности во все времена, так как условия жизни и отношения между людьми и их дела все время меняются и обновляются. Невозможно такое множество проблем включить в одну книгу. Поэтому Моисею на Синае были преподаны общие пути и в Торе, где содержатся вкратце намеки, дабы с их помощью мудрецы могли бы в каждом новом поколении извлекать из Учения все новые и новые потребности»³⁵⁶. Вместе с тем мудрецы всячески подчеркивали примат человеческого

³⁵⁵ Мы можем говорить о существовании фактически двух юрисдикций в исламе.

³⁵⁶ Цит. по: *Элон М.* Указ. соч. С. 372.

фактора, исключительные полномочия знатоков галахи в ее дальнейшем развитии. М. Элон предлагает разрешить данную аномлию таким образом: «...источник Галахи — на небесах. Место Галахи, ее жизнь и развитие — не на небесах, а в жизни людей и общества»³⁵⁷. Поэтому принципом $\text{לְמַד בְּקֶדְשֵׁי הַתּוֹרָה}$ (ламед миламед бекодашим), который значит, что для всех законов Торы галаха, полученная путем применения правил комментирования, имеет ту же ценность, что и галаха, упомянутая в тексте Торы³⁵⁸, ставит знак равенства между галахот *де-орайта* и галахот *де-рабанан*. Другими словами, Устная Тора и Письменная Тора имеют равную силу.

Второе положение. Еврейская традиция (*каббала* или *масорет*), так же как и мусульманская (*иснад* или *таклид*), как источник права являлась основой для полемической идеологии, сторонники которой ратовали за буквальное понимание священных текстов и отрицали право на свободное суждение. Именно «статичная» традиция выступала «оградой» (*саяг* или *худуд*) для всего права. В еврейском праве традиция стала фундаментом для постройки жизнестойкой системы и не противостояла изменениям. В мусульманском праве *таклид* строго противопоставляется *иджтихаду*³⁵⁹. Другими словами, если в еврейском праве традиция являлась «точкой отсчета» для законодательной деятельности человека, то в исламе проблема выбора *таклида* или *иджтихада* — это часть вопроса о пределах возможностей человеческого разума, о допустимости суждения по богословско-правовым вопросам³⁶⁰.

³⁵⁷ Там же. С. 233.

³⁵⁸ Штейнзальц А., *рав.* Указ. соч. С. 182.

³⁵⁹ На самом деле, как продемонстрировал У. Халлак, метод *иджтихада* и после XI в. продолжал широко использоваться (*Hallaq W. B. Hallaq W. B. Was the Gate of Ijtihad Closed?..*).

³⁶⁰ Левин З. И. Указ. соч. С. 6.

Поборниками *иджстихада* выступали основатели первой рационалистической школы в исламе — мутазилиты, которые оказали огромное влияние на еврейских мыслителей Средневековья³⁶¹. Например, знаменитый еврейский философ и политический деятель Саадия Гаон, который воспринял идеи мутакаллимов, напрямую связывает традицию с разумом в «Книге верований и мнений». Так, он говорит, что убеждение проистекает из четырех источников: 1) внешней реальности; 2) разума, то есть знаний о добре и зле; 3) выводов на основе разума; 4) традиции Торы (которая, что очевидно, включает в себя и Устную Тору)³⁶². По этому поводу К. Сират замечает: «Саадия был убежден, что Тора и наука суть побеги одного древа; они никак не могут противоречить друг другу, а если кажется, что между ними есть какое-то противоречие, то это объясняется ошибкой в логике наших рассуждений или нашей неспособностью правильно интерпретировать текст Откровения. Этот оптимизм, эта глубокая убежденность в наличии гармонии между верой и разумом характерны для Саадии, и вся “Книга верований” базируется на идее идентичности традиции и разума»³⁶³.

Особое место, отводимое традиции, также явилось результатом полемической борьбы с караимами, отрицавшими легитимность традиции. В полемике с караимами, отказывавшимися соглашаться с идеей о значимости талмудической литературы, раббаниты, конечно, не могли опираться на эту литературу и были вынуждены апеллировать к Писанию, которое признавали и они сами, и их оппоненты. Прежде всего, раббаниты стремились показать, что сам Танах предполагает наличие внешнего референта, без которого он не мог бы служить сводом права. Саадия Гаон так иллюстрирует данное положение в комментарии на Книгу Бытия: «В

³⁶¹ См.: *Ben-Shammai H. Kalam ...* . P. 118.

³⁶² Подробнее см.: *Сират К.* Указ. соч. С. 50–52.

³⁶³ Там же. С. 51–52.

целом мы находим в связи с открытыми нами заповедями семь существенных причин, по которым мы должны полагаться на традицию, каждая важнее предыдущей. Первая: поскольку Писание содержит заповеди, природа которых не объяснена, например не объяснено, как следует делать кисти (Числ 15:38) или строить кущи (Лев 23:42) и подобное <...> Вторая: потому что есть заповеди, где мера точно не указана <...> Третья: так как есть заповеди, для которых не объяснено, как опознать предписанное там, ибо нет ясного признака субботы, каков этот день, и <...> Новолуния <...> Четвертая: потому что есть заповеди, сама суть которых не объяснена, как-то: природа работ, запрещенных в субботу <...> К этому следует добавить (гражданские) законы, которые не упоминаются в Торе вообще, и необходимо стремиться разузнать о них»³⁶⁴.

Третье положение. Мишна и сунна по форме являются объектами одного порядка: *мидраши* в *мишне* подобно *хадисам* в *сунне* воспринимались в качестве сборников законодательной практики, корпусов преданий устной традиции. Однако восприятие мишны у евреев отличалось от того, как понимали сунну мусульмане. Хадисы повествуют о днях жизни одного человека — пророка Мухаммеда, тогда как мидраши представляют собой эклектичный парадигматический компендиум историй паранормативного характера. Поэтому еврейским мудрецам легче было рассматривать корпус устной традиции — мишну как интерпретацию (*мидраш* — как способ), а не как новое законодательство и тем самым исключить возможное противоречие между своими постановлениями (*галохот де-рабанан*) и Писанием (*галахот де-орайта*). Установление интерпретации приводит к решительному отказу от профетической традиции. Маймонид неспроста категорично заявлял о

³⁶⁴ *Perushei Rav Sa'adyah Gaon li-Bereishit...* . P. 13–14 (арабский оригинал), 181–184 (перевод на иврит).

запрете пророкам быть законодателями: библейская борьба по поводу создания метода, позволяющего отличить лжепророков от истинных пророков (Втор 13:2–6, 18:9–22), оказалась актуальной и в раввинистическом иудаизме, когда многие люди пытались быть пророками³⁶⁵. Таким образом, в иудаизме не произошел разрыв между традицией и рациональностью, что позволяло сделать галаху более гибкой и пластичной.

По мнению Ю. Р. Вегнер, сопоставление трактата «Брахот» и положений юриспруденции аш-Шафии отчетливо демонстрирует влияние первого источника на последний. Трактат «Брахот», в котором содержится доктрина о святости устного закона («Брахот», 5б), соединение письменного откровения и устной традиции как божественных источников права (Микры и Мишны, см. «Брахот», 5а, и «коре вэ-шонен», см. «Брахот», 4б), легитимность правила, основанного на мнении большинства (ар. *иджма*, см. «Брахот», 9а, 46а), традиционно изучали все евреи, поэтому перечисленные принципы были знакомы ханифитским правовым школам, особенно школе аш-Шафии. «Для открытия таких идей не требовалось много времени или усилий, и даже не требовалось знание языка первоисточника талмудического текста»³⁶⁶. Хотя данное утверждение не бесспорно³⁶⁷, оно показывает направление влияния — от еврейских талмудических источников к мусульманской юридической доктрине (фикху).

Третья особенность еврейской правовой системы связана с принципом «Закон государства – закон». Существование судебной

³⁶⁵ См.: *Dorff E.* Judaism as a Religious Legal System // *Hastings Law J.* 1977–1978. Vol. 29. P. 1336.

³⁶⁶ *Wegner J. R.* Op. cit. P. 69.

³⁶⁷ См.: *Badr G. M.* Islamic Law: its Relations to other Legal Systems // *Amer. J. Comp. Law.* 1978. Vol. 26. P. 30–117.

автономии у различных конфессий в Средние Века, с одной стороны, и готовность к нормативному самоограничению — с другой, были естественны для корпоративного общества. Государство, где существовали замкнутые социальные группы (дворянство, горожане, ремесленные и торговые гильдии), не претендовало на установление централизации. Такие, на первый взгляд, разные политические образования, как халифат и европейские феодальные государства, были готовы даровать общинную автономию (евреям — в мусульманских и христианских регионах, маврам — в христианском регионе) по финансовым соображениям, а также из-за желания продемонстрировать веротерпимость. Однако готовность к покорности, то есть к применению принципа «Закон государства – закон», имела свои пределы. Этот принцип применялся только в имущественных делах (ממונא — *мамуна*), но не в тех случаях, когда речь шла о ритуальных делах, о религиозных запретах и разрешениях, — обо всем том, что называется *исура* (אסורא).

В отношении статуса *зимми* З. Фальк поясняет, что «религиозная и правовая автономия стала возможной благодаря феномену личного права, который был доминирующим в Средние века. Мусульманские руководители пытались реализовать идеи ислама, который основан на лояльности человека к праву, на его личной верности Богу. Только так верующий был ограничен в своих личных действиях. Евреи и христиане пользовались свободой жить в соответствии со своим законом»³⁶⁸.

Так или иначе, сравнивая исламский и еврейский подходы к определению национальности, можно заметить, что и те и другие искали источник своей самобытности в Священном Писании (Коране и Танахе). Вместе с тем сама мысль об универсальности, к которой должны прийти мусульмане всего мира, чужда еврейскому самосознанию. Другими

³⁶⁸ Falk Z. W. Jewish law in Medieval Canon law» // Jewish Law in Legal History and the Modern World / Ed. by B. Jackson, Leiden, 1980. P. 80.

словами, основания, на которых покоится самосознание каждой нации, диаметрально противоположны: мусульманская *умма* по своей сути является доминантной (даже если не учитывать идеологию вечной войны против неверных — джихада), еврейская община интровертна *ipso facto*.

Четвертая особенность связана с принципом обновления галахи. Проанализировав роль судьи при принятии решений и объем его полномочий, мы пришли к выводу, что и у евреев, и у мусульман статус судьи предполагал осуществление не только непосредственно судебных, но и административных (исполнительных) полномочий. Другими словами, еврейский или мусульманский судья принимал участие в руководстве общиной, выносил решения, которые часто становились руководством, правилом по типу англосаксонского *case law*. Такая неопределенность статуса судьи чужда западной традиции права, где управление правовыми учреждениями доверено специальному корпусу, который занимается правовыми вопросами на профессиональной основе, в качестве своей более или менее основной работы³⁶⁹. В еврейской традиции есть собирательное понятие «*хахам*» для обозначения человека, сведущего во многих областях, в том числе и в сфере юриспруденции. В исламе можно проследить разграничение между профессиональным предназначением *улема* (от араб. «илм» — «наука») — ученого-богослова и *факиха* — правоведа, занимающегося проблемами юридической доктрины — *фикха*, между *кади* — официальным должностным лицом, решения которого выносятся от имени государства (власти, халифа) и обязательны для сторон спора, и *хакямом*, призванным разрешать тяжбы на добровольных началах, и источником власти последнего не является санкция государства.

Таким образом, особенности еврейской правовой системы, которые были рассмотрены в этой работе на примере трех принципов, позволили

³⁶⁹ Берман Г. Дж. Западная традиция права. С. 25.

охарактеризовать ее идентичность, отличие от других нормативных структур теологического типа, в первую очередь от средневекового мусульманского права. Принцип «Не на небесах она» давал человеку право на законодательную деятельность путем комментирования Писания. В иудаизме этот принцип позволял сохранять консенсус, с одной стороны, строго разграничивая Божественные и человеческие полномочия на нормотворчество, с другой — устанавливая единое правило «воли большинства». Второй принцип — «Закон государства — закон» — очерчивал границы еврейской автономии и давал возможности для гибкого подхода к применению права, который был столь необходим во время общения с неевреями. Принцип обновления традиции имел темпоральные характеристики и служил развитию Галахи в рамках, установленных согласно двум предыдущим принципам. Если сказать точнее, третий принцип — это квазипринцип, регулирующий отношения между человеком и Богом и между человеком и человеком, а также эволюцию этих отношений во времени.

Если говорить в целом об анализе, предпринятом в данной работе, то можно сказать, что предметом исследования стало соотношение права и религии, рассмотренное в историческом аспекте. Плодотворная интеракция между иудаизмом и исламом в Средние века, названная Ш. Д. Гойтейном симбиозом культур, на современном этапе практически утратила почву для своего существования. Для того чтобы восстановить «несущие стены» этого «здания» необходима *bona fide* к диалогу с обеих сторон. В исламе сложно ввести нечто новое (ар. *bida*), например реформы в области законодательства (ар. *Ислах* методом *иджтихада*). Это обусловлено склонностью ислама к консервативности, которая проявилась в деятельности движения салафийя. Салафиты непременно апеллировали к традиции (*таклиду*), и последняя в исламе более замкнута и статична, чем в иудаизме. Мудрецы Талмуда воспринимали раввинистическое

законодательство в терминах герменевтики и экзегезы, что в итоге снимало напряжение между Письменной и Устной Торой и давало возможность имплементировать новое в правовую систему.

Одной из особенностей современного израильского законодательства состоит в том, что оно вобрало в себя огромный корпус, который можно отнести к области еврейского права. Как пишет, израильский исследователь Леон Шелев, с образованием государства Израиль новая правовая система была сконструирована, главным образом, вокруг рецессии продолжающегося действовать законодательства: элементы английского общего права, которые были введены в Палестину к 1922 г., а также рудименты османских законов. Прямое восприятие еврейского классического права было ограничено областью семейного законодательства.

Предпринимавшиеся попытки установить в Израиле классическое еврейское право провалились, согласно Ассафу Леховитскому, по следующим причинам³⁷⁰. Первая причина заключалась в том, что правовая реформа не была в списке приоритетов у молодого государства Израиль, вынужденного сразу после своего образования вести войну с арабскими странами за Независимость.

Вторая причина состояла в том, что корпус еврейского классического права, состоящего из многочисленных разнородных источников, не был пригоден для инкорпорации в законодательство современного государства. Третья – относительно слабые институты молодого государства, с одной стороны, подвигали юристов и правоприменителей пользоваться всей нормативно-правовой базой, которая осталось в наследство от британцев и турков, с другой –

³⁷⁰ *Likhovski A.* “The Time has not Yet come to Repair the World in the Kingdom of God: Israeli Lawyers and the Failed Jewish Legal Revolution of 1948 // Tel-Aviv University Law School (Year 2008, paper 68).

недостаток, или скорее отсутствие квалифицированных юристов специалистов в еврейском праве и сложившийся научной школы.

Четвертая причина проистекает из идеологии светского сионизма, по которой классическое еврейское право, основанное на Галахе и религиозном образовании, ассоциировалась с тем, что они желали забыть³⁷¹.

Но с принятием Закона «О полномочиях раввинских судов (брак и развод)» в 1955, с которым связано с создание отдельной религиозной судебной юрисдикции и с утверждением в 1980 г. Закона «об основаниях в праве» израильская правовая система пережила существенную трансформацию. Последний закон официально ограничил ссылку на общее право и ввел новый источник в качестве разрешения лакун в еврейском законодательстве. Этот закон наложил обязанность на израильских судей применять там, где есть лакуны в праве, принципы мира, свободы, справедливости и равенства, как они находят свое выражения в еврейском наследии.³⁷²

Сложные дебаты в Кнессете по поводу принятия данного Закона свидетельствовали о том обстоятельстве, что Закон относится не столько к еврейскому праву, а скорее к еврейскому наследию, который, по видимому, включает внешние культурные аспекты как правовой, так и религиозной сферы. Но мало кому было понятно содержание понятия «еврейского наследия», поэтому процесс имплементации данного размытого концепта проходило с трудом. Большинство судей Верховного Суда игнорировало Закон. Несмотря на официальное

³⁷¹ Имеется масса литературы на эту тему, как на иврите, так и на английском языке. Смотрите, например, работу: *Zerubavel Y., Recovered Roots: Collective Memory and the Making of National Tradition.* Chicago, 1995.

³⁷² *Sheleff L.* «When a minority becomes a majority — Jewish Law and Tradition in the State of Israel» // *The Tel-Aviv University Studies in Law, Vol.13, 1997, P.115-129, P.118.*

ограничение связи общего права и израильской правовой системы, Верховный Суд продолжал выносить решения, полагаясь на американские и английские прецеденты. Оставшееся меньшинство судей, в числе которых были профессора иерусалимского университета М. Элон и А.Барак, а также М. Зильберг³⁷³, Х.Коэн³⁷⁴ — всегда считались защитниками еврейского права и всячески способствовали расширению влияния еврейского права среди своих коллег. И со временем концепция еврейского права как живого источника для судебных решений становилась все популярней. Ведь, и в прошлом, судьи часто прибегали к неисчерпаемым ресурсам еврейского права для того, чтобы подкрепить свои выводы или же обогатить язык своих решений.

Таким образом, как подчеркивает, Л. Шелев, с одной стороны, правоприменение расширяется вплоть до всего корпуса еврейского права, с другой — закон ограничивает его применение определенными универсальными принципами — мира, свободы, справедливости и равенства³⁷⁵.

В итоге, еврейское право не потерялось в веках, а инкорпорируется в позитивную структуру законодательства современного Израиля³⁷⁶.

³⁷³ Он также автор книги про Талмуд: Зилберг М., *Kah Darko shel Talmud* (Таков Путь Талмуда). Иерусалим, 1969 (иврит). На английском языке: *Silberg M. Talmudic Law and the Modern State*. Oxford, 1973.

³⁷⁴ См., например: Хаим Коэн, *Быть евреем: традиция, право, религия и государство* (иврит), (Израиль: Двир, 2006), в которой он, как человек, ставший в осознанном возрасте нерелигиозным, пытается заново определить истоки правовой культуры в Израиле.

³⁷⁵ *Ibid.*, P.119.

³⁷⁶ Процесс возврата религиозных норм в современное законодательство можно наблюдать и в соседнем Египте, где в 1980 г. была внесена поправка в ст. 2 Конституции Египта (*Dustūr Jumhūriyyat Miṣr al-‘Arabiyya*), от 1971 г., согласно которой «Ислам – религия государства, Арабский – официальный язык, принципы

Необходимо отметить, что имплементация религиозных принципов в позитивную юридическую систему в Израиле представляет собой пример более широкого феномена, который Ж. Кеппель охарактеризовал как *La revanche de Dieu*³⁷⁷. И, хотя как правильно замечает С Хантингтон в своей нашумевшей книге «Столкновение цивилизаций», эта «месть Бога» (вернее, Алаха), «особенно сильно и глубоко проявилась в умме, общине ислама»³⁷⁸, однако и в Израиле тенденции десекуляризации все четче проявляются, но этот вопрос требует отдельного исследования³⁷⁹.

Библиография

Источники

1. *Антология мировой правовой мысли: В 5 т / Рук. Г. Ю. Семигин. М., 1999. Т. 3: Европа Америка: XVII–XX вв.*

Исламской Shari'a должны быть главным источником законодательства. Подробнее об этом см.: *Lombardi C. "Islamic Law as a source of Constitutional Law in Egypt: the Constituotionalization of the Sharia in Modern Arab State," // Columbia Journal of Transnational Law 37 (1989) – P.74-120.*

³⁷⁷ *Gilles Keppel. The Revenge of God: the Resurgence of Islam, Christianity and Judaism in the Modern World. Pennsylvania, 1994.*

³⁷⁸ *Хантингтон С. Столкновения Цивилизаций. М., 2003. С. 164. Причин десекуляризации на примере исламского возрождения, С Хантингтон видит в том, что она «является одновременно следствием модернизации и попыткой схватиться с нею врукопашную», Ibid., С.167.*

³⁷⁹ Дискуссия по этому вопросу не затихает не на минуту и продолжается едва ли не дольше, чем существует государство Израиль. Этой проблеме посвящены сотни статей и дюжина монографий, как в самом Израиле, так и в США.

2. *Вавилонский Талмуд. Трактат «Бава Меция»* / Комм. р. А. Штейнзальца. Иерусалим, 1996.
3. *Вавилонский Талмуд. Трактат «Брахот»*. Тель-Авив, 2008.
4. *Вавилонский Талмуд. Трактат «Пиркей Авот»*. Иерусалим, 1996. (Серия «Библиотека Алия».)
5. *Зохар* / Пер. с арамейск., сост., статьи, примеч. и коммент., кабб. коммент. М. А. Кравцова. М., 1994.
6. *Коран* / Пер. и комм. О. Османовой, отв. ред. В. Д. Ушакова. 2-е изд. М., 1999.
7. *Мишна* / Комм. П. Кехати. Иерусалим, 1990–1996.
8. *Талмуд. Мишна и Тосефта* / Пер. Н. А. Переферковича. СПб., 1899–1906.
9. *Танах* (Тора, Невиим, Ктувим). Иерусалим, 1992.
10. *Флавий*. Иудейские древности: В 2 т. СПб., 1994.
11. *al-Shafi'i. Kitab al-Risala fi Usul al-Fiqh* / Ed. by A. M. Shakir. Cairo, 1940.
12. *Encyclopedia ha-Talmudit*. Yerushalayim, 1970.
13. *Encyclopædia of Islam: 12 vols.* / Ed. by P. J. Bearman, Th. Bianquis, C. E. Bosworth et al. 2nd ed. Leiden, 1960–2005
14. *Hebrew-English Lexicon with an Appendix containing the Biblical Aramaic* / Ed. F. Brown, S. R. Driver, Ch. A. Briggs. 4th ed. Peabody, 1999. (Словарь BDB.)
15. *Midrash and Agadah* / Ed. Y. Frenkel. Tel-Aviv: The Open University of Israel, 2003.
16. *The Encyclopædia of Islam: A Dictionary of the Geography, Ethnography and Biography of the Muhammadan Peoples* 4 vols. and Suppl. / Eds. M. Th. Houtsma et al. Leiden; London, 1913–1938.

Исследовательские работы

На русском языке

17. *Агур Й.* Введение в Устную Тору: курс Открытого университета: В 2 ч. / Пер. Р. Лapidус. Тель-Авив, 2001.
18. *Аллон Г.* История евреев Эрец-Исраэль в талмудическую эпоху: в 2 т. Иерусалим, 1994. (Серия «Библиотека Алия».)
19. *Байтин М. И.* О принципах и функциях права: новые моменты // Правоведение. 2000. № 3. С. 4–16.
20. *Барак А.* Судейское усмотрение / Вступ. ст. М. В. Баглай. М., 1999.
21. *Бат Йеор.* Зимми: евреи и христиане под властью ислама: В 2 т. Иерусалим, 1991.
22. *Бахтин М.М.* Проблемы текста // Вопросы литературы №10 М., 1976, С.123-152.
23. *Бенвенист Э.* Словарь индоевропейский социальных терминов. М., 1995.
24. *Бен-Амос Д.* Еврейская народная литература / Пер. с англ. Е. Э. Носенко. М., 2004.
25. *Бенедикт Р.Р.* Евреи и власть, М., 2009.
26. *Берман Г. Дж.* Вера и Закон: примирение права и религии. М., 1999.
27. *Берман Г. Дж.* Западная традиция права: эпоха формирования. М., 1998.
28. *Бертон Дж.* Мусульманское предание: введение в хадисоведение. М., 2006.
29. *Броди Р.* Евреи Вавилонии и формирование средневековой еврейской культуры. М., 2006.
30. *Бубер М.* Еврейский гуманизм. Киев, 1998.
31. *Вайсс Б. Дж.* Дух мусульманского права. М., 2008.
32. *Васильев А.А.* Правовая доктрина как источник права: вопросы теории и истории. М.2009.
33. *Ван ден Берг Л.В.С.* Основные начала мусульманского права. М., 2005.

34. *Варьяш И.* Правовое пространство ислама в христианской Испании XIII–XV вв. М., 2001.
35. *Вейсман М.* Мидраш рассказывает: Дварим. Иерусалим, 1997.
36. *Волкова С.В., Ильин А.В., Малышева Н.И.* Принципы права // Правоведение. 2009. № 1. С.252-262.
37. *Вольфсон Г. О.* Философия Калама / Пер. с англ. М. Н. Вольф. Лондон, 1976.
38. *Гавизон Р.* О праве еврейского народа на суверенное государство // Еврейское государство в начале XXI века: Сб. ст. / Под ред. А. Д. Эпштейна. М., 2008.
39. *Гарапон А.* Хранитель обещаний: суд и демократия / Пер. с фр. Г. В. Чуршукова. М., 2004.
40. *Гафни И.* Евреи Вавилонии в талмудическую эпоху. М.; Иерусалим, 2003.
41. *Гойтейн Ш. Д.* Арабы и евреи. М., 2001.
42. *Гуревич А. Я.* История в человеческом измерении: размышления медиевиста // Новое литературное обозрение. 2005. № 75. С. 44–86.
43. *Де-Лебера А.* Средневековое мышление. М., 2004.
44. *Давид Р., Жоффре-Спинози.* Основные правовые системы современности. М., 2009.
45. *Долгопольский С. Б.* Риторика Талмуда: анализ в постструктуралистской перспективе. СПб., 1998.
46. *Евреи и Христиане: Полемика и взаимовлияние культур: Курс открытого университета /* Ред. О. Лимор, И. Цинглера. Тель-Авив, 2000.
47. *Еврей – кто он? Национальное и религиозное определения еврейства в прецедентах постановлений Верховного Суда Израиля /* Ред. Р. Гойзман. М.; Иерусалим, 2007.

48. *Зеленина Г.* От скипетра Иуды к жезлу шута: Придворные ереси в средневековой Испании. М.; Иерусалим, 2007.
49. *Зюмтор П.* Опыт построение средневековой поэтики. СПб., 2003.
50. *Исаев И.А.* Топос и номос: пространства правопорядков. М., 2007.
51. *Йерушалми Й. Х.* Захор: еврейская история и еврейская память / Пер. с англ. Р. Нудельман. М., 2004. С. 114–128.
52. *Кистяковский Б.А.* Философия и социология права, СПб., 1998.
53. *Кельзен Г.* Чистое учение о праве. М., 1987.
54. *Кепель Ж.* Джихад: Экспансия и закат исламизма. М., 2004.
55. *Керни Р.* Диалоги о Европе. М., 2000.
56. *Кечекьян С.Ф.* Правоотношения в социалистическом обществе. М., 1998.
57. *Козлихин И. Ю.* Позитивизм и естественное право // Государство и право. 2000. № 3. С. 5–11.
58. *Козлихин И.Ю.* Принципы права // Принципы права. Материалы всероссийской научно-теоретической конференции, Санкт-Петербург, 30 ноября 2006. С.4-20.
59. *Козлихин И.Ю.* Право и политика: историко-теоретический анализ концепций правления права. Дис. ... докт. юрид. наук: 12.00.01, СПб., 1995.
60. *Козлихин И.Ю., Поляков А.В., Тимошина Е.В.* История политических и правовых учений. СПб., 2007.
61. *Крашенинникова Н. А.* Правовая культура современной Индии. Инновационные и традиционные черты. М., 2009.
62. *Куделин А. Б.* Арабская литература: поэтика, стилистика, типология, взаимосвязи. М., 2003.
63. *Лафитский В.И.* Сравнительное правоведение в образцах права. Т.1-2, М., 2010.
64. *Ле Гофф Ж.* Цивилизация средневекового Запада. М., 1992.

65. *Леже Р.* Великие правовые системы современности. М., 2010.
66. *Левин З. И.* Реформа в исламе: быть или не быть. М., 2005.
67. *Лимен О.* Введение в классическую исламскую философию. М., 2007.
68. *Ллойд Д.* Идея права. М., 2002.
69. *Лопухин А. П.* Законодательство Моисея: Исследование о семейных, социально-экономических и государственных законах Моисея с приложением трактата: Суд над Иисусом Христом, рассматриваемый с юридической точки зрения. Вавилонский царь Аммураби: и его новооткрытое законодательство в сопоставлении с законодательством Моисеевым. М., 2005.
70. *Лучинская С. И.* Образ Другого: мусульмане в хрониках крестовых походов. СПб., 2001.
71. *Маймон, Моше бен (Рамбам).* Путеводитель растерянных / Пер. и коммент. М. А. Шнейдера. М.; Иерусалим, 2000.
72. *Марченко М. Н.* Основные принципы иудейского права» // Вестник Московского университета. Сер.11. Право. 2001. Вып. 1. С. 65–77
73. *Марченко М. Н.* Основные формы взаимосвязи и взаимодействия иудейского религиозного права с израильским светским правом в процессе разрешения общих проблем» // Вестник Московского университета. Сер. 11. Право. 2001. Вып. 4. С. 63–78.
74. *Марченко М. Н.* Очерки развития еврейского права: Рецензия на книгу Менахема Алона «Еврейское право» // Правоведение. 2003. № 3. С. 201–210.
75. *Марченко М. Н.* Курс сравнительного правоведения. М., 2002.
76. *Право и культура / В. С. Нерсисянц, Г. И. Муромцев, Г. И. Мальцев.* М., 2002.
77. *Проблемы общей теории права и государства / Под ред. В. С. Нерсисянца.* М., 1999.
78. *Петражицкий Л.И.* Очерки философии права Вып.1. СПб., 1900.

79. *Петражицкий Л.И.* Теория права и государства в связи с теорией нравственности. СПб., 2005.
80. *Резван Е. А.* Коран и его мир. СПб., 2001.
81. *Религия и общество: Хрестоматия по социологии религии / Сост. В. И. Гараджа, Е. Д. Руткевич.* М., 1996.
82. *Розеншток-Хюсси О.* Великие революции. Автобиография западного человека. М., 2002.
83. *Саид Э. В.* Ориентализм: Западные концепции Востока. СПб., 2006.
84. *Сират К.* История Средневековой еврейской философии. М., 2003.
85. *Сорокин П. А.* Человек. Цивилизация. Общество. М., 1992.
86. *Стоу К.* Отчужденное меньшинство: евреи в Средневековой Латинской Европе. Иерусалим; М., 2007.
- Сурко Е. В.* Правовые принципы в правовой системе, системе права и системе законодательства: теория и практика // Правоведение. 2006. № 2. С. 55–61.
87. *Сюкияйнен Л. Р.* Мусульманское право: Вопросы теории и практики. М., 1986.
88. *Сюкияйнен Л.Р.,* О соотношении шариата и фикха // Минарет, 2009, №3-4 (21-22), С.13-21.
89. *Тантлевский И. Р.* Введение в Пятикнижие. М., 2000.
90. *Тантлевский И. Р.* История Израиля и Иудеи до Разрушения Первого Храма. СПб., 2007.
91. *Тверский И.* Галаха и Философия: основные учения Рамбама: в 10 ч.: Учеб. пос. Тель-Авив, 2001.
92. *Трубецкой Е.Н.* Энциклопедия права, СПб., 1998.
93. *Хайдаров М. С.* Основные направления и школы мусульманского права // Мусульманское право: структура и основные институты) / Ред. кол.: Л. Р. Сюкияйнен, В. Е. Чиркин, Ю. А. Юдин. М., 1984. С. 38–48.

94. *Хайек Ф. фон.* Право, законодательство и свобода. М., 2006.
95. *Халиди О.* Теоретические и практические аспекты жизни мусульман в Соединенных Штатах // Мусульмане в публичном пространстве Америки: надежды, опасения и устремления / Под ред. З. Х. Бухари. М., 2005. С. 94–135
96. *Хантингтон С.* Столкновения Цивилизаций. М., 2003.
97. *Цвайгерт К., Кёту Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2 т. М., 1995.
98. *Черданцев А. Ф.* Логико-языковые феномены в праве, юридической науке и практике. Екатеринбург, 1993.
- Шодем Г.* Основные течения в еврейской мистике. М., 2006.
99. *Шпенглер О.* Закат Европы. Очерк морфологии мировой истории: В 2 т. М., 1998. Т. 2.
100. *Штейнзальц А., рав.* Введение в Талмуд / пер. с ивр. и англ. З. Мешкова. Иерусалим, 1993.
101. *Элон М.* Еврейское право. СПб., 2002.

На европейских языках

102. *Aleem A.* I'jazu-l-Qur'an // Islamic Culture. 1933. Vol. 7. P. 64–82, 215–233.
103. *Altman A.* Was ist Juedische Theologie. Frankfurt am Main, 1933.
104. *Arendt H.* La crise de la culture. Paris, 1993.
105. *As-Sayyid S.* Fiqh Us-Sunna: Book on Acts and Workship / Ed., transl. in engl. by M. S. Dabas. Cairo, 2003.
106. *Atlas S.* Dina de-Malkhuta dina // Hebrew Union College Annual. 1975. Vol. 46. P. 269–288.
107. *Ayalon A.* Language and Change in the Arab Middle East: the Evolution of Modern Political Discourse. Oxford, 1987.

108. *Ayoub M.* “The Islamic Concept of Justice” // N.H.Barazangi, M.R.Zaman (eds.) *Islamic Identity and the Struggle for the Justice*. Gainvenstille, 1996.
109. *Badr G. M.* *Islamic Law: its Relations to other Legal Systems* // *Amer. J. Comp. Law*. 1978. Vol. 26. P. 30–117.
110. *Barak A.* «Israel Legal History» // *The History of Law in a Multi-Cultural Society and Israel 1917-1967* // R. Harris, A.Kedar eds., Tel-Aviv, 2002.
111. *Bat Yeor, Kochan M., Littman M.* *Islam and Dhimmitude: Where Civilisations Collide*. Madison, 2001.
112. *Ben-Shammai H.* *Between Ananites and Karaites: Observation on the Yearly Medieval Jewish Sectarianizm* // *Studies in Islamic and Judaic Traditions: In 3 vols. / Ed. by M. Brinner*. Atlanta, 1988–1990. Vol. III. 1990. P. 19–27.
113. *Ben-Shammai H.* *Kalam in Medieval Jewish Philosophy* // *History of Philosophy / Eds D. H. Franck, O. Leaman*. London, 1997. P.112–131.
114. *Ben-Shammai H.* *The Attitude of the Some Early Karaites towards Islam* // *The Jews in Medieval Jewish History / Ed. I. Twersky*. Cambridge, Mass., 1984. Vol. 2. P. 3–40.
115. *Ben-Shammai H.* *The Tension between Literal Interpretation and Exegetical Freedom: Comparative Observations on Saadia’s Method* // *With Reverence for the Word: Medieval Scriptural Exegesis in Judaism, Christianity, and Islam / Eds J. D. McAuliffe, B. D. Walfish, J. W. Goering*. Oxford, 2003. P. 33–50.
116. *Bercovitz B. A.* *Execution and Invention: Death Penalty Discourse in Early Rabbinic and Christian Cultures*. Oxford, 2006.
117. *Bonfil R.* *Myth, Rhetoric, History? A Study in the Cronicle of Ahima’az* // *Culture and Society in Medieval Jewry / Ed. M. Ben-Sason, R. Bonfil*. Jerusalem, 1989. P. 31–82.

118. *Brunschvig R.* Hermeneutique normative dans le Judaïsme et dans le l'islam // *Brunschvig R.* Etudes sur l'islam classique et l'Afrique du Nord. London, 1986. Vol. VII. P. 233–252.
119. *Calder N.* Studies in Early Muslim Jurisprudence. Oxford, 1993.
120. *Cohen B.* Jewish and Roman Law: A Comparative Studies. New York, 1966.
121. *Cohen G. D.* Sefer ha-Qabbalah: The Book of Tradition by Abraham Ibn Daud. Philadelphia, 1967.
122. *Coulson N. J.* A History of Islamic Law. Edinburgh, 1964.
123. *Cover R. M.* Obligation: A Jewish Jurisprudence of the Social Order // *J. Law & Religion.* 1987. Vol. 65. P. 72–139.
124. *Cover R.M.* Nomos and Narrative // *Harvard Law Review* Vol. 97:4, 1983. P.4-68.
125. *Daube D.* Rabbinic Methods of Interpretation and Hellenistic Rhetoric // *Hebrew Union College Annual.* 1949. Vol. 22. P. 239-264.
126. *Dorff E.* Judaism as a Religious Legal System // *Hastings Law J.* 1977–78. Vol. 29. P. 1113–1360.
127. *Englard I.* The Problem of Jewish Law in the Jewish State // *Israel Law Review.* 1968. P. 254–278.
128. *Eposito J. L.* The Oxford Encyclopedia of the Modern Islamic World. New York, 1984.
129. *Falk Z.* Law and Religion: The Jewish Experience. Jerusalem, 1981.
130. *Falk Z. W.* Jewish law in Medieval Canon law // *Jewish Law in Legal History and the Modern World* / Ed. by B. Jackson. Leiden, 1980. P. 80.
131. *Faur J.* Law and Hermeneutics in Rabbinic Jurisprudence: A Maimonidean Perspective // *Cardozo L. Rev.* 1993. Vol. 14. P. 1650–1688.

132. *Fitzgerald S. J. V.* Nature and Sources of the Shari'a" // Law in the Middle East / Eds. by M. Khadduri and H. J. Liebsny. Washington, D.C. 1955. P. 85–112.
133. *Geiger A.* Judaism and Islam / Transl. in engl. by F. M. Young. Madras, 1898.
134. *Geiger A.* Was hat Mohammed aus dem Judenthume aufgenommen? Berlin, 1833.
135. *Goitein S. D.* Minority Selfrule and Government Control in Islam // *Studia Islamica*. 1970. Vol. 31. P. 105.
136. *Goitein S. D.* Studies in Islamic history and institutions. Leiden: Brill, 1968.
137. *Goitein S. D.* The Birth Hour of Muslim Law // *The Muslim World*. 1960. Vol. 50. P. 23–29.
138. *Goitein S. D.* The Interplay of Jewish and Islamic Laws // International Conference of Jewish Law in Legal History and the Modern World / Ed. B. S. Jackson. Leiden, 1980. P. 61–78.
139. *Goldziher I.* Muslim Studies: In 2 vols. / Transl. C. R. Barber, S. M. Stem. London, 1971.
140. *Goldziher I.* The Principles of the Law in Islam // *The Historians' History of the World*. London, 1904. P. 294–304.
141. *Goldziher I.* Usages juifs d'après la littérature religieuse des musulmans // *Revue des Etudes Juives*. 1894. Vol. XXVIII. P. 84–87.
142. *Greenbaum G. von.* I'djaz // *Encyclopædia of Islam*: In 12 vols. / Ed. by P. J. Bearman, Th. Bianquis, C. E. Bosworth et al. 2nd ed. Leiden, 1960–2005. Vol. 4. P. 112–116.
143. *Hallaq W. B.* Authority, Continuity, and the Change in Islamic Law. Cambridge, 2002.
144. *Hallaq W. B.* Law and Legal theory in Classical and Medieval Islam. Variorum, 1995.

145. *Hallaq W. B.* The Origins and Evolution of Islamic Law. Cambridge, 2005.
146. *Hallaq W. B.* Was the Gate of Ijtihad Closed? // International Journal of Middle East Studies. 1984. Vol. 16. P. 314–352.
147. *Hassan A.* The early Development of Islamic Jurisprudence. Islamabad, 1970.
148. *Hayek F.* Law, Legislation and Liberty: In 3 vols. London, 1989. Vol. II.
149. *Hirschfeld H.* Judische Elemente im Koran. Berlin, 1878.
150. *Hirschfeld H.* New Research into the Composition and the Exegesis of the Qoran. London, 1902.
151. *Horovitz J.* Jewish proper names and derivatives in the Koran. Hildesheim, 1964.
152. *Imran A. K.* Theories of Islamic Law: The Methodology of Ijtihad. New Delhi, 2007.
153. *Irvin R.* Books Reviews // Middle Eastern Studies. 2002. Vol. 38, N 4. P. 213–214.
154. *Jeffery A.* The Foreign Vocabulary of the Qur'ân. Boroda, 1938.
155. *Judaism and Islam Boundaries: Communication and Interaction* / Ed. B. B. Hary. Leiden, 2000. (Brill's Series in Judaic Studies. Vol. 27.)
156. *Katsh A. I.* Judaism and Islam. New York, 1954.
157. *Khadduri M.* Islamic Jurisprudence: Shafi'is Risala. Baltimore, 1961.
158. *Kirschenbaum A., Trafimov J.* The Sovereign Power of the State: A Proposal theory of accommodation in Jewish Law // Cardozo Law Review. 1990–1991. Vol. 12. P. 925–940.
159. *Gilles Keppel.* The Revenge of God: the Resurgence of Islam, Christianity and Judaism in the Modern World. Pennsylvania, 1994.
160. *Kozlovski G. C.* When the 'Way' Becomes the 'Law': Modern States and the Transformation of *Halakhah* and *Shari'a* // Studies in Islamic and

- Judaic Tradition. Vol. II / Eds. by W. Brinner, S. D. Ricks. Atlanta, 1986. P. 97–111.
161. *Landauer S.* Kitab al-Amanat wal-Itikadat. Leiden, 1880.
162. *Landman L.* Jewish Law in the Diaspora: Confrontation and Accommodation. Philadelphia, 1968.
163. *Lasaruz-Yafe H.* Intertwined Words: Medieval Islam and Bible Criticism. Jerusalem, 1986.
164. *Lasker D. J.* Islamic Influence on Karaites Origins // Studies in Islamic and Judaic Traditions: In 3 vols. / Ed. by M. Brinner. Atlanta, 1988–1990. Vol. II. 1989. P. 23–47.
165. *Lassner J.* The ‘One who had Knowledge of the Book’ and the ‘Mighties name’ of God. Qu'ranic exegesis and Jewish cultural Artifacts // Studies in Muslim Jewish Relations / Ed. by R. L. Nettler. 1993. Vol. 1. P. 31–90.
166. *Law in the Middle East:* In 2 vols. / Ed. M. Khadduri, H. J. Liebesny. Washington, 1955. Vol. 1: Origin and Development of Islamic Law.
167. *Lewis B.* The Jews of Islam. Princeton, 1984.
168. *Lewis B.* The Shaping of the Modern Middle East. New York, 1994.
169. *Lewis B.* Islamic Revolution // New York Review of Books. Vol. 34. № 21–22 (January 21, 1988).
170. *Libson G.* Jewish and Islamic Law: A Comparative Study of Custom during the Geonic Period. Cambridge, 2003.
171. *Likhovski A.* “The Time has not Yet come to Repair the World in the Kingdom of God: Israeli Lawyers and the Failed Jewish Legal Revolution of 1948 // Tel-Aviv University Law School (Year 2008, paper 68).
172. *Liebesny H. J.* Foreign legal systems: a comparative analysis. Washington, 1981.
173. *Macy J.* The Rule of Law and the Rule of Wisdom: in Plato, al-Farabi and Maimonides // Studies in Muslim-Jewish Relations. Vol. 1 / Ed. by R. L. Nettler. Harwood, 1994. P. 205–232.

174. *Malinowski B.* Crime and Custom in Savage Society. London, 1926.
175. *Maududi A. A.* A short History of the Revivalist Movement in Islam. Aldershot, 1979.
176. *Melchert Ch.* The Formation of the Sunni Schools of Law, 9th–10th Centuries C.E. Leiden, 1997.
177. *Menahem H. B.* Is Talmudic Law is a religious Legal System? A provisional analysis // Quarterly Review. 2004. Vol. 94, N 1. P. 114–220.
178. *Motzki H.* The Role of Non-Arab Converts in the Development of the early Islamic Law // Islamic Law and Society. 1999. Vol. 6. P. 293–317.
179. *Moreshet Sehparad: The Sefardi legacy* // ed. H.Beinart. Jerusalem, 1992.
180. *Rosen L.* The Anthropology of Justice: Law as Culture in Islamic Society. Cambridge, 1989.
181. *Rosen L.* The Justice of Islam. Oxford, 2000.
182. *Rubenshtein A.* Law and Religion in Israel // Israeli Law Review. 1967. Vol. 2. P. 372–398.
183. *Schacht J.* Introduction to Islamic Law. Oxford, 1964.
184. *Schacht J.* The Origins of Muhammadan Jurisprudence. Oxford, 1950.
185. *Schacht J.* Foreign Elements in Ancient Islamic Law // The Formation of Islamic Law / Ed. by W. B. Hallaq. Cambridge, 1986.
186. *Schacht J.* Islamic Religious Law // The Legacy of Islam. Oxford, 1979
187. *Schachter R. H.* Dina de-Malkhuta Dina: Secular Law as a Religious Obligation // J. Halacha and Contemporary Society / Ed. A. Cohen. 1981. Vol. 1. P. 84–123.
188. *Shilo S.* Equity as a bridge between Jewish and Secular Law // Cardozo Law Review. 1990–1991. Vol. 12. P. 737–757.
189. *Sheleff L.* «When a minority becomes a majority — Jewish Law and Tradition in the State of Israel» // The Tel-Aviv University Studies in Law, Vol.13, 1997, P.115-129.

190. *Sinclair D. B.* Legal Reasoning in Maimonidean Jurisprudence // *L'Eylah*. 1989. Vol. 29. P. 32–35.
191. *Silberg M.* Talmudic Law and the Modern State. Oxford, 1973.
192. *Smirnov A.* “Understanding Justice in the Islamic Context: Some points of Contrast with Western Theories” // *Philosophy East and West*, 1996 (46)3, PP.337-350.
193. *Stillman N. A.* The Judeo-Islamic Historical Encounter: Visions and Revisions // *Israel and Ishmael: Studies in Muslim-Jewish Relations* / ed. by T. Pafitt. Curson, 2000. P. 1–12.
194. *Stone S. L.* Judaism and Postmodernism // *Cardozo L. Rev.* 1681 (1993). Vol. 14. P. 1681–1712.
195. *Stone S. L.* The Pursuit of the Countertext: The Turn to the Jewish Legal Model in Contemporary American Legal Theory // *Harv. L. Rev.* 1993. Vol. 106. P. 810–842.
196. *Stroumsa S.* Saadya and Jewish *kalam* // *The Cambridge Companion to Medieval Jewish Philosophy* / Eds. by D. H. Frank, O. Leaman. Cambridge, 2003. P. 71–90.
197. *Thaler D. F.* The Mudejars of Aragon during the twelfth and thirteenth centuries. Michigan, 1986.
198. *The Concept of Territory in Islamic Law and Thought: A Comparative Study* / Ed. Y. Hiroyuki. London, 2000.
199. *The Formation of Islamic Law* / Ed. W. B. Hallaq. Cambridge, 1986.
200. *Transmitting Jewish Traditions: Orality, Textuality, and Cultural Diffusion* / eds. Y. Elman, I. Gershoni. London, 2002
201. *Torry C. C.* The Jewish Foundation of Islam. New York, 1933.
202. *Tsadik D.* Between Foreigners and Shi'is. Stanford, 2007.
203. *Wegner J. R.* Islamic and Talmudic Jurisprudence: The Four Roots of the Islamic Law and Their Talmudic Counterparts // *American Journal of Legal History*. 1982. Vol. 26. P. 25–71.

204. *Zerubavel Y.*, *Recovered Roots: Collective Memory and the Making of National Tradition*. Chicago, 1995.

Ha uvrume

205. *Albek S.* *Mavo la-mishpat ha-Ivri be-yeme ha-Talmud*. Ramat-Gan, 1999.

206. *Albek S.* *Mavo le-Mishna*. Yerushalayim, 1959.

207. *Beqor G.* *Bein matzui le ratzui*. Tel-Aviv, 2003.

208. *Brody R.* *Sifrut ha-Geonim ve-ha-Tekst ha-Talmudi // Mehkerei Talmud / Orhim Y. Sussmann, D. Rosenthal*. Jerusalem, 1990. Vol. 1. P. 237–303.

209. *Cohen H.* *ha-Mishpat («Право»)*, Yerushalayim, 1996.

210. *Cohen H.* *Lihiet iehudi («Быть евреем: традиция, право, религия и государство»)*, Yerishalayim, 2006.

211. *David I.* *Ediat dvar ha-El: Taut, Hekesh, u-Zihron: Avuda le-kabalat Doctarat (toar shlishi) / ha-Universita ha-Ivrit*. Yerushalayim, 2005.

212. *De-Paris B.* *Historiya ha-Halacha ha-Talmudid*. Tel-Aviv, 1962.

213. *Elon M.* *Mispat ivri — Makor, Historiya, Ekronot*. T. 1–3. Yerushalayim, 1973.

214. *Elon M.* *Mispat ivri — Makor, Historiya, Ekronot*. T. 1–3. Yerushalayim, 1997.

215. *Englard I.* *Mehkar ha-Mishpat ha-Ivri — Mahuto ve-Mataroto // Iyyunei Mishpat*. 1979. Vol. 6. P. 34–65.

216. *Gishon Y.* *Mekharim le-Sifrut ha-Ivrit ba-Ymei ha-Beinaim ve-le-sifrut be-Idan Renesans*. Tel-Aviv, 2003.

217. *Halacha*, *Agada ve-Etika*. Yerushalayim, 1971

218. *Harris R., Lehoviski A, Kadar A* «Bein Mishpat le-Historia: al ha-Istoriografia shel ha-Mishpat ha-Israeli» // *Iunei Mishpat* (Nov., 2002), P.351-389.

219. *Hirsh R., Kook R., Hazon Sh., Soloveychik J. D.* *Emuna be-Zman Mashber*. Tel-Aviv, 2009.

220. *Karo Y.* Shulhan Aruh. Tel-Aviv, 2009.
221. *Kirsch J.* Mahpehot be-Halacha. Yerushalayim, 2002.
222. *Kosowsky Y. M.* Ha-Meturggeman ba-drashah ha-tsiburit (pirka) be-veit ha-knesset // Sinai. 1959. N 5. P. 233–243.
223. *Lasarus-Yafe H.* Bein Yahadut le-Islam // Mahanaim. 1992. N 36. P. 61–92.
224. *Lazarus-Yafe H.* Bein Halacha be-Yehadut le-Halacha le-Islam” // Tarbiz. 1981. Vol. 51. P. 206–265.
225. *Megillat Ahimaaz* / Ed. B. Clar. Yerushalayim, 1968.
226. *Menahem S. B.* Zmihat ha-Kehila ha-Yehudit be-Artzot ha-Islam: Kairuan, 800-1057. Yerushalayim, 1997.
227. *Meron Y.* ha-Din ha-Muslemi be-reiyah hashvaatit. Yerushalayim, 2001.
228. *Mor U.* Tikun Olam be-Hashkafat Hazal. Yerushalayim, 2003.
229. *Perushei Rav Sacadyah Gaon li-Bereishit, Hotsi la-Or be-Tseruf Mavo we-Tergum, We-Hearot* / Ed., transl. M. Zucker. New York, 1984.
230. *Rambam.* Mishne Tora. Yerushalayim, 1956.
231. *Rambam.* Sefer ha-Mitzvot / Transl. arab. Yerushalayim, 1976.
232. *Shilo Sh.* Dina de-Malkhuta — Dina. Yerushalayim, 1980.
233. *Soloveichik J. D.* Ish ha-Halakhah, Galui ve-Nistar. Yerushalayim, 1979.
234. *Sason B.M.* Tzmihat ha-Kehila ha-Yehudit be-Artzot ha-Islam: Kairuan, 800-1057, Yerushalaim, 1997.
235. *Urbah A.* Galaha ve-Neviut // Tarbiz. 1947. T. 26. P. 82–190.
236. *Urbah A.* Midrash ke-basis le-Halacha ve bayah shel “sofrim” // Tarbiz. 1958. N 27. P. 166–182
237. *Zilberg M.* Kah Darko shel Talmud. Yerushalayim, 1969.

Summary

This work analyzes the cultural features of the Jewish legal system by comparing the principles of the Jewish and Muslim Laws. A comparison of Jewish and Muslim legal systems attracts a lot of attention today while more

and more researchers and policy makers try to understand the authenticity of each of these legal cultures. In this book, the Jewish Law is considered primarily in terms of its cross-cultural and philosophical features, i.e. how the Jewish legal system comprehends morality, accountability and justice.

Nowadays most researchers consider that without a thorough study of nature and peculiarities of the traditional Jewish law it is impossible to fully understand the contemporary Israeli legislature, especially family law, which is deeply rooted in religious, national, historical and social traditions and customs.

It is exactly by a comparative analysis of two similar legal systems we can identify specific features of each of them. Following this logic, I have analyzed three major principles of Jewish law – “it’s not in Heaven”, (לא בשמיים), “Law of the State is the law” (דינא דמלכותא דינא), and “the principle of reviving tradition” – each of which forms three dimensions of the Jewish legal system – internal, external and dynamic (in time).

The analysis of Jewish sources and their comparison with the Muslim legal doctrine show substantial similarities between the Talmudic rabbinic thought and the Muslim legal doctrine. These similarities indicate that the influence of one legal system on another in the Middle Ages had two important dimensions: 1) cultural proximity (strict monotheism – both Islam and Judaism are religions of revelation in written and oral traditions; Hebrew, Aramaic and Arabic belong to the Semitic group of languages), and 2) territorial proximity (Jews and Arabs in the Middle Ages lived near each other, for example, in Babylonia that was both a center for Rabbinic scholarship (for instance, the Academy in Sura and Pumpedite) and the home for the Hanafi legal school in the town of Kufa). However, the terminology (Halakha and Shari'a, the Mishnah and the Sunnah, and Masoretic taqlid, the Kabbalah, and its derivatives) and some of the ideas (the struggle between supporters of the doctrine of natural law and positivism in Islam and the repercussions of such a

struggle in the writings of Maimonides) show that the two legal cultures have significant differences.

Thus, the main features of the Jewish legal system that I examine in this work rise from three above-mentioned principles that are crucial in shaping the system's normative structure. These major features of the Jewish traditional law make it quite distinct from other normative structures such as religion or the medieval Islamic law. The principle of "lo ba-shamaim hi" provided the right of legislative activity such as commenting on Scripture to human beings. Ultimately, this principle has remained the consensus in Judaism, on the one hand, strictly dividing the authority between divine and human norms, on the other hand, setting a leading rule of "will of majority". The second principle of "State law is the law" outlined the boundaries of a Jewish homeland and gave the opportunity for a flexible enforcement, which was so necessary during intercourse with non-Jews. The third principle is a quasi-principle that mediates the relationship between man and God and between man and man in the course of time.