

Бурхануддин Маргинани

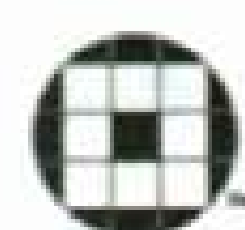
ХИДОЯ

КОММЕНТАРИИ МУСУЛЬМАНСКОГО ПРАВА

В двух частях, четырех томах

Часть 2

Тома III-IV



Wolters Kluwer

Москва

Волтерс Клувер 2010

УДК 28-428
ББК 86.38-4
М25

институт М интеллектуал

Ответственный редактор,
автор предисловия, вступительной статьи и научных комментариев
доктор юридических наук, профессор А.Х. САИДОВ

Перевод с английского под редакцией Н.И. ГРОДЕКОВА

ROBINX

Маргинани, Бурхануддин.

М25 Хидоя. Комментарии мусульманского права : в 2 ч. Ч. 2. Т. III-IV / пер. с англ. ; под ред. Н.И. Гродекова ; отв. ред., авт. предисл., вступ. ст. и науч. комм. проф. А.Х. Саидов. – М. : Волтерс Клувер, 2010. – 656 с.

ISBN 978-5-466-00317-8 (в пер.)

«Хидоя фи фуру ал-фикх» – «Хидоя. Комментарии мусульманского права» – фундаментальное произведение, посвященное обширному анализу мусульманского права (шариата), написано в XII в. знаменитым исламским факихом-правоведом, уроженцем Мавераннахра Бурхануддином Маргинани. В трактате комментируются точки зрения ученых-юристов школы ханифитов суннитского направления ислама, а также представители других юридических мазхабов по различным вопросам шариата: освещаются требования мусульманских обрядов, анализируются нормы брачно-семейных, наследственных, имущественных, финансовых и иных правоотношений в сфере гражданского права, раскрываются юридические аспекты, связанные с преступлениями и наказаниями, регламентируются процессуальные особенности рассмотрения дел в суде, рассматриваются различные правовые аспекты повседневной жизни и деятельности людей.

«Хидоя» Бурхануддина Маргинани до настоящего времени изучается и служит основным руководящим пособием в медресе и мусульманских университетах стран Востока, где шариат, главным образом учение правовой школы ханифитов, по-прежнему сохраняет свое влияние.

Книга рассчитана на правоведов, историков, востоковедов, религиоведов, а также всех интересующихся историей стран Востока и мусульманским правом.

УДК 28-428
ББК 86.38-4

ISBN 978-5-466-00185-3 (Ч. 1)
ISBN 978-5-466-00317-8 (Ч. 2)

© Саидов А.Х., предисловие,
вступительная статья,
научные комментарии, 2008
© Волтерс Клувер, 2008, 2010

ОГЛАВЛЕНИЕ

ТОМ III. КНИГИ XXIII–XXXVIII	11
Краткое содержание III тома	13
КНИГА XXIII. О ПРЕДСТАВИТЕЛЬСТВЕ	34
Глава I. ВВЕДЕНИЕ.....	34
Глава II. О ПРЕДСТАВИТЕЛЬСТВЕ ПРИ КУПЛЕ И ПРОДАЖЕ.....	39
Раздел I. О представительстве при купле.....	39
Раздел II. О назначении представителей рабами для покупки их личности за их же счет.....	50
Раздел III. О представительстве при продаже.....	52
Раздел IV. Различные случаи.....	58
Глава III. О ПРЕДСТАВИТЕЛЬСТВЕ СУДЕБНОМ И ПРИ ИСПОЛНЕНИИ РЕШЕНИЯ (ХУСУМАТ, ИЛИ ТЯЖБА, ОЗНАЧАЕТ РАЗГОВОР, ПРОИСХОДЯЩИЙ МЕЖДУ ДВУМЯ ЛИЦАМИ В СОСТЯЗАТЕЛЬНОМ ИЛИ СПОРНОМ ПОРЯДКЕ).....	61
Глава IV. О ПРЕКРАЩЕНИИ ПРЕДСТАВИТЕЛЬСТВА.....	68
КНИГА XXIV. О ДАВИИ, ИЛИ ИСКАХ	73
Глава I. ВВЕДЕНИЕ.....	73
Глава II. О ПРИСЯГЕ.....	76
Раздел. О способе дачи и требования присяги.....	81
Глава III. О ТАГАЛИФЕ, ИЛИ ОБОЮДНОЙ ПРИСЯГЕ ИСТЦА И ОТВЕТЧИКА.....	85
Раздел. О лицах, не обязанных отвечать по искам.....	95

ОГЛАВЛЕНИЕ

	Глава IV. О ВЕЩАХ, ОТЫСКИВАЕМЫХ ДВУМЯ ЛИЦАМИ	98
	Раздел. О спорах, касающихся владения	109
	Глава V. ОБ ИСКАХ О РОДСТВЕ	110
КНИГА XXV.	ОБ ИКРАРЕ, ИЛИ ПРИЗНАНИЯХ	118
	Глава I. ВВЕДЕНИЕ	118
	Раздел	121
	Глава II. ОБ ИЗЪЯТИЯХ И О ТОМ, ЧТО СЧИТАЕТСЯ РАВНОСИЛЬНЫМ ИЗЪЯТИЮ	122
	Глава III. О ПРИЗНАНИЯХ, УЧИНЕННЫХ БОЛЬНЫМИ	132
	Раздел. Различные случаи	137
КНИГА XXVI.	О СУЛЬХЕ, ИЛИ МИРОВОЙ СДЕЛКЕ	140
	Глава I. ВВЕДЕНИЕ	140
	Раздел	145
	Глава II. О ДОБРОВОЛЬНОМ МИРОВОМ СОГЛАШЕНИИ И О ПРЕДСТАВИТЕЛЬСТВЕ ПРИ СОГЛАШЕНИИ	150
	Глава III. О МИРОВОМ СОГЛАШЕНИИ В ДОЛГОВЫХ ОБЯЗАТЕЛЬСТВАХ	152
	Раздел. О совокупных обязательствах	156
	Раздел. О тахари	160
КНИГА XXVII.	О МУЗАРАБАТЕ, ИЛИ ТОВАРИЩЕСТВЕ В ПРИБЫЛЯХ КАПИТАЛА И ТРУДА	164
	Глава I. ВВЕДЕНИЕ	164
	Глава II. О ДЕЯТЕЛЕ, ВСТУПАЮЩЕМ В ДОГОВОР МУЗАРАБАТА С ДРУГИМ ДЕЯТЕЛЕМ	174
	Раздел	178
	Глава III. ОБ УВОЛЬНЕНИИ ДЕЯТЕЛЯ И О РАЗДЕЛЕ ИМУЩЕСТВА	179
	Глава IV. О ДЕЙСТВИЯХ, ЗАКОННО СОВЕРШАЕМЫХ ДЕЯТЕЛЕМ	182

ОГЛАВЛЕНИЕ

	Раздел.....	187
	Глава V. О СПОРАХ МЕЖДУ СОБСТВЕННИКОМ КАПИТАЛА И ДЕЯТЕЛЕМ.....	190
КНИГА XXVIII.	О ВАДИА, ИЛИ ПОКЛАЖЕ.....	192
КНИГА XXIX.	ОБ АРИЯТЕ, ИЛИ ССУДЕ.....	203
КНИГА XXX.	О ГИБА, ИЛИ ДАРЕНИИ.....	211
	Глава I. ВВЕДЕНИЕ.....	211
	Глава II. О ПОВОРОТЕ ПОДАРЕННОГО.....	217
	Раздел.....	221
	Раздел. О садака, или милостыне.....	223
КНИГА XXXI.	ОБ ИДЖАРА, ИЛИ НАЙМЕ.....	224
	Глава I. ВВЕДЕНИЕ.....	224
	Глава II. О ВРЕМЕНИ, КОГДА МОЖНО ТРЕБОВАТЬ НАЕМНУЮ ПЛАТУ.....	226
	Раздел.....	230
	Глава III. О ВЕЩАХ, ОТДАЧА КОТОРЫХ ВНАЕМ НЕЗАКОННА, И О СПОРАХ ПО НАЙМУ.....	231
	Глава IV. О НЕДЕЙСТВИТЕЛЬНОМ НАЙМЕ.....	237
	Глава V. ОБ ОТВЕТСТВЕННОСТИ НАЕМНИКА.....	246
	Глава VI. О НАЙМЕ ПОД ОДНИМ ИЗ ДВУХ УСЛОВИЙ.....	249
	Глава VII. О НАЙМЕ РАБОВ.....	252
	Глава VIII. О СПОРАХ МЕЖДУ НАЕМЩИКОМ И НАНЯТЫМ.....	255
	Глава IX. О РАСТОРЖЕНИИ ДОГОВОРОВ НАЙМА.....	256
	Раздел. Разные случаи.....	260
КНИГА XXXII.	О МУКАТАБАХ.....	262
КНИГА XXXIII.	О ВИЛЯ.....	263
	Раздел. О виля мавалат, или виля взаимной дружбы.....	269

ОГЛАВЛЕНИЕ

КНИГА XXXIV.	ОБ ИКРАХ, ИЛИ ПРИНУЖДЕНИИ	272
	Раздел.....	276
КНИГА XXXV.	О ХАДЖРЕ, ИЛИ ОГРАНИЧЕНИИ ДЕЕСПОСОБНОСТИ	282
	Глава I. ВВЕДЕНИЕ	282
	Глава II. ОБ ОГРАНИЧЕНИИ ПО СЛАБОУМИЮ	285
	Раздел. О времени достижения половой зрелости	290
	Глава III. ОБ ОГРАНИЧЕНИИ ПО ЗАДОЛЖЕННОСТИ	291
КНИГА XXXVI.	О МАЗУНАХ, ИЛИ ПРИВИЛЕГИРОВАННЫХ РАБАХ	297
КНИГА XXXVII.	О ГАСБЕ, ИЛИ НЕЗАКОННОМ ВЛАДЕНИИ	298
	Раздел. О захваченных в незаконное владение предметах, видоизмененных действием незаконного владельца	304
	Раздел.....	310
	Раздел. О захвате вещей, не имеющих стоимости	315
КНИГА XXXVIII.	О ШИФАТЕ	322
	Глава I. О ЛИЦАХ, КОТОРЫМ ПРИНАДЛЕЖИТ ПРАВО ШИФАТ.....	322
	Глава II. О ТРЕБОВАНИЯХ ШИФАТА И О СПОРАХ ОТНОСИТЕЛЬНО ЕГО	326
	Раздел. О спорах относительно цены	331
	Раздел. О предметах, взамен которых шафи может получить имущество, подлежащее шифату.....	333
	Раздел.....	336
	Глава III. О ПРЕДМЕТАХ, К КОТОРЫМ ПРИМЕНЯЕТСЯ ШИФАТ.....	339
	Глава IV. ОБ ОБСТОЯТЕЛЬСТВАХ, УНИЧТОЖАЮЩИХ ПРАВО ШИФАТ	344
	Раздел.....	347

ОГЛАВЛЕНИЕ

ТОМ IV. КНИГИ XXXIX–LIII		351
Краткое содержание IV тома		353
КНИГА XXXIX. О КИСМАТЕ, ИЛИ РАЗДЕЛЕ		373
Глава I. ВВЕДЕНИЕ		373
Глава II. О ВЕЩАХ, МОГУЩИХ БЫТЬ ПРЕДМЕТОМ РАЗДЕЛА		379
Глава III. О СПОСОБЕ ПРОИЗВОДСТВА РАЗДЕЛА		382
Глава IV. ВОЗРАЖЕНИЯ ОБ ОШИБКЕ ПРИ РАЗДЕЛЕ И ИСКЕ КАСАТЕЛЬНО РАЗДЕЛА		387
Раздел. О законах, применяемых к искам		389
Глава V. ПОСТАНОВЛЕНИЯ, ОТНОсяЩИЕСЯ ДО МАГАЙАТА		391
КНИГА XL. О МУЗАРИИ, ИЛИ ДОГОВОРЕ ВОЗДЕЛЫВАНИЯ		397
КНИГА XLI. О МУСАКАТЕ, ИЛИ ДОГОВОРАХ САДОВОДСТВА		406
КНИГА XLII. О ЗАБХЕ, ИЛИ УБОЕ ЖИВОТНЫХ ДЛЯ МЯСА		411
Раздел. О вещах, употребление которых в пищу законно, и о тех, употребление которых незаконно		417
КНИГА XLIII. УЗХИЯ, ИЛИ ЖЕРТВОПРИНОШЕНИЕ		419
КНИГА XLIV. О КАРАХИЯТЕ, ИЛИ ДЕЙСТВИЯХ НЕПРИСТОЙНЫХ		424
Раздел I. О еде и питье		424
Раздел II. Об одежде		427
Раздел III. Об украшениях		428
Раздел IV. О половых сношениях и о взглядах и прикосновении к людям		429
Раздел V. Об истибре, или ожидании очищения женщины		433
Раздел VI. О правилах, подлежащих соблюдению при продаже		438
Раздел VII. Разные случаи		443

ОГЛАВЛЕНИЕ

КНИГА XLV.	О ВОЗДЕЛЫВАНИИ МЕРТВЫХ ЗЕМЕЛЬ.....	448
	Раздел I. О водах.....	454
	Раздел II. Об углублении и очистке рек.....	456
	Раздел III. О ширбе, или праве на воду.....	458
КНИГА XLVI.	О ЗАПРЕЩЕННЫХ НАПИТКАХ.....	462
	Раздел. О кипячении виноградного сока.....	469
КНИГА XLVII.	ОБ ОХОТЕ.....	470
	Раздел I. О ловле дичи с помощью животных, предназначенных для охоты, каковы собаки, соколы и др.	470
	Раздел II. О стрельбе дичи из лука.....	475
КНИГА XLVIII.	О РАГАНЕ, ИЛИ ЗАКЛАДЕ.....	479
	Глава I. ВВЕДЕНИЕ.....	479
	Глава II. О ВЕЩАХ, СПОСОБНЫХ БЫТЬ ПРЕДМЕТОМ ЗАКЛАДА, И О ВЕЩАХ, ЗА КОТОРЫЕ МОЖНО ДАВАТЬ ЗАКЛАД.....	487
	Раздел.....	499
	Глава III. О ЗАКЛАДЕ, ПОМЕЩЕННОМ В РУКИ ТРЕТЬЕГО ЛИЦА.....	502
	Глава IV. О ВЛАСТИ НАД ЗАЛОЖЕННЫМИ ВЕЩАМИ И О ПРАВОНАРУШЕНИЯХ ОТНОСИТЕЛЬНО ЭТИХ ВЕЩЕЙ.....	508
	Раздел.....	524
КНИГА XLIX.	О ДЖИНАЯТЕ, ИЛИ ПРЕСТУПЛЕНИЯХ ПРОТИВ ЛИЧНОСТИ.....	529
КНИГА L.	О ДИЙЯТЕ, ИЛИ ПЕНЯХ.....	530
	Глава I. ВВЕДЕНИЕ.....	530
	Глава II. О ЗАГРАЖДЕНИИ ОБЩЕСТВЕННОЙ ДОРОГИ.....	530
	Раздел. О постройках, грозящих падением.....	536
	Глава III. О ПРАВОНАРУШЕНИЯХ, СОВЕРШЕННЫХ ЖИВОТНЫМИ ИЛИ НАД НИМИ.....	539

ОГЛАВЛЕНИЕ

	Глава IV. О ПРАВОНАРУШЕНИЯХ, СОВЕРШЕННЫХ РАБАМИ ИЛИ НАД НИМИ.....	546
	Глава V. О ПРАВОНАРУШЕНИЯХ, СОВЕРШЕННЫХ НАХОДЯЩИМИСЯ В НЕЗАКОННОМ ВЛАДЕНИИ РАБАМИ ИЛИ МАЛОЛЕТНИМИ ВО ВРЕМЯ НЕЗАКОННОГО ВЛАДЕНИЯ.....	546
	Глава VI. О КИССАМАТЕ, ИЛИ ПРИВОДЕ К ПРИСЯГЕ.....	546
КНИГА LI.	О МАВАКИЛЕ, ИЛИ ВЗИМАНИИ ПЕНИ.....	547
КНИГА LII.	О ВАСАЙИ, ИЛИ ПОСМЕРТНЫХ РАСПОРЯЖЕНИЯХ.....	548
	Глава I. О РАСПОРЯЖЕНИЯХ ЗАКОННЫХ И О РАСПОРЯЖЕНИЯХ ПОХВАЛЬНЫХ, А ТАКЖЕ ОБ ОТМЕНЕ РАСПОРЯЖЕНИЙ	548
	Глава II. ОБ ОТКАЗЕ ОДНОЙ ТРЕТИ ИМУЩЕСТВА	557
	Раздел. О времени совершения отказа	570
	Глава III. ОБ ОТПУЩЕНИИ НА ВОЛЮ НА СМЕРТНОМ ОДРЕ И О РАСПОРЯЖЕНИЯХ, КАСАЮЩИХСЯ ОТПУЩЕНИЯ НА ВОЛЮ.....	572
	Раздел. Об отказах с благочестивою целью.....	575
	Глава IV. О РАСПОРЯЖЕНИЯХ В ПОЛЬЗУ РОДСТВЕННИКОВ И ДРУГИХ БЛИЗКИХ ЛИЦ.....	577
	Глава V. О РАСПОРЯЖЕНИЯХ, ИМЕЮЩИХ ПРЕДМЕТОМ ПРЕДОСТАВЛЕНИЕ УЗУФРУКТА.....	583
	Глава VI. О РАСПОРЯЖЕНИЯХ ЗИММИЕВ.....	588
	Глава VII. О ДУШЕПРИКАЗЧИКАХ И ИХ ВЛАСТИ.....	591
	Глава VIII. О ДОКАЗАТЕЛЬСТВАХ РАСПОРЯЖЕНИЙ НА СЛУЧАЙ СМЕРТИ	600

ОГЛАВЛЕНИЕ

КНИГА III.	О ГЕРМАФРОДИТАХ	603
	Раздел I. О том, что такое гермафродиты	603
	Раздел II. О законах, касающихся сомнительных гермафродитов.....	604
	Глава последняя. РАЗЛИЧНЫЕ СЛУЧАИ.....	607
ПРИЛОЖЕНИЯ	611
	ТЕРМИНОЛОГИЧЕСКИЙ СЛОВАРЬ АРАБСКИХ ЮРИДИЧЕСКИХ ТЕРМИНОВ	613
	УКАЗАТЕЛЬ НАЗВАНИЙ УПОМЯНУТЫХ СОЧИНЕНИЙ	634
	УКАЗАТЕЛЬ ИМЕН СОБСТВЕННЫХ	635
	УКАЗАТЕЛЬ ТОПОГРАФИЧЕСКИХ НАЗВАНИЙ	636
	ИЗБРАННАЯ БИБЛИОГРАФИЯ ПО ИСЛАМСКОМУ ПРАВУ	638

Краткое содержание

ХИДОЯ

КОММЕНТАРИИ МУСУЛЬМАНСКОГО ПРАВА

Том III

Книги XXIII—XXXVIII

Данный том содержит комментарии к книгам XXIII—XXXVIII Корана. В нем рассматриваются вопросы, связанные с правами женщин, сирот, бедных и больных. Также в нем содержатся комментарии к аятам, касающимся войны, мира, торговли и других аспектов жизни мусульман. В конце тома приведены ссылки на другие томы серии.

- КНИГА XXIII.** О представительстве
- КНИГА XXIV.** О давии, или исках
- КНИГА XXV.** Об икраре, или признаниях
- КНИГА XXVI.** О скульхе, или мировой сделке
- КНИГА XXVII.** О музарабате, или товариществе в прибылях капитала и труда
- КНИГА XXVIII.** О вадиа, или поклаже
- КНИГА XXIX.** Об арияте, или ссуде
- КНИГА XXX.** О гиба, или дарении
- КНИГА XXXI.** Об иджара, или найме
- КНИГА XXXII.** О мукатабах
- КНИГА XXXIII.** О виля
- КНИГА XXXIV.** Об икрах, или принуждении
- КНИГА XXXV.** О хаджре, или ограничении дееспособности
- КНИГА XXXVI.** О мазунах, или привилегированных рабах
- КНИГА XXXVII.** О гасбе, или незаконном владении
- КНИГА XXXVIII.** О шифате

Краткое содержание III тома¹

КНИГА XXIII. О ПРЕДСТАВИТЕЛЬСТВЕ

Глава I. Введение

Закон позволяет уполномочивать представителя для действий вместо контрагента при заключении договоров. Также для участия в уголовном преследовании и исполнении приговоров, за исключением дел о возмездии или наказании. Лицо, обвиняемое в преступлении, может назначить для своей защиты представителя. Представительство при уголовном преследовании допускается только по болезни или отсутствию представляемого. Или когда он уже собрался в путь. Женщина может во всех случаях назначить судебного представителя. Для действительности представительства требуется правоспособность представляемого. И здравый ум у представителя. Раб-махджур или несовершеннолетний (обладающий здравым умом) могут быть представителями. Но обязательства, в которые они вступают, связывают не их, а их доверителей. Договоры, заключенные представителями, бывают или такими, которые представитель относит к самому себе или к своему доверителю. Нельзя назначать представителя для получения занимаемых денег. Долг, принятый по отношению к представителю, не может быть требуем его доверителем. Но если платеж учинен доверителю, то он действителен, и должник вправе из уплачиваемых денег вычесть деньги, должные ему доверителем или представителем (если он один ему должен).

Глава II. О представительстве при купле и продаже

Раздел I. О представительстве при купле

Представитель должен быть надлежащим образом осведомлен о том, что ему надлежит купить. За исключением того случая, когда он уполномочен общей доверенностью. Представительство недействительно, когда слова, которыми оно выражено, оставляют большой простор неопределенности в отношении предмета одного, разве только в дальнейшем последует разъяснение. Полномочие на покупку таама (пищи) ограничивается правом покупки пшеницы или муки. Представитель может вернуть продавцу купленную вещь ввиду недостатка ее, но не после передачи ее своему доверителю. Право преимущественной покупки может быть противопоставлено представителю до передачи вещи представляемому, но не после ее. Представительство в договоре сарф или саям действительно. Представитель, заплативший за имущество собственные деньги, вправе требовать таковые от доверителя. Представитель вправе удерживать купленную вещь до тех пор, пока доверитель не уплатит цены ее. Но если купленная вещь погибнет в руках представителя, то он ответствен за нее. Случай покупки представителем, согласно доверенности, большего количества предметов, чем установлено в доверен-

¹ Текст краткого содержания составлен Н.И. Гродековым. (Примеч. отв. ред.)

ности. Представитель не вправе приобрести для себя определенный предмет, на приобретение которого он уполномочен доверителем, разве в обмен на вещь он даст нечто отличное от определенной доверителем цены, или через посредство другого представителя. Случай представительства при покупке неопределенного раба. Случай этот бывает в четырех видах. Случай спора между представителем и представляемым относительно раба, который, будучи куплен представителем, умрет в его руках. В случае спора между представителем и представляемым относительно покупки определенного раба следует верить заявлению представителя. Представитель, признавший факт поручения, не может затем отречься, если указанный им доверитель не отрицает факта поручения. Представитель вправе по своему выбору купить только одного из двух определенных рабов, если только покупка не соединена с очевидной невыгодой и цена не превышает указанного размера, причем, однако, допускается незначительное отступление. Представитель может погасить свой долг доверителю покупкой определенного предмета. Но если предмет — неопределенный и погибнет после покупки в руках представителя, то долг не считается погашенным. Если представитель и представляемый не согласны между собой относительно покупки, то следует рассудить их сообразно стоимости купленного или согласно заявлению продавца.

Раздел II. О назначении представителей рабами для покупки их личности за их же счет

Раб может назначить представителя для покупки своей свободы у господина. Раб может действовать в качестве поверенного другого лица при покупке своей собственной свободы.

Раздел III. О представительстве при продаже

Представитель при продаже не может продать своему отцу или деду. Он вправе продать порученную ему для продажи вещь по какой угодно цене и вообще за какой угодно эквивалент. Представитель может купить вещь за цену, немногим превышающую стоимость ее. Представитель при продаже раба вправе продать определенную часть его. Представитель при покупке раба может купить его зараз или по частям. Представитель, которому возвращен проданный предмет, по решению казиза, ввиду существовавшего до продажи недостатка, может возвратить таковой своему доверителю, который обязан беспрекословно принять его. Право это существует и в случае возникновения недостатка после продажи, если только решение казиза не основано на признании представителя, в каковом случае доверитель не обязан принять вещь обратно без судебного решения. Если недостаток существовал до продажи, то доверитель обязан принять обратно от представителя вещь без суда независимо от того, возвращена ли таковая покупщиком ввиду признания представителя или нет. При споре об объеме полномочия дается вера заявлению доверителя. Представитель при продаже не отвечает за последствия таковой.

Раздел IV. Различные случаи

Несколько представителей не могут действовать отдельно, без общего согласия, за исключением случаев представительства в судебных делах, развода без вознаграждения, отпущения на волю, возвращения поклажи или платежа долга. Представитель не может совершать передоверие, если доверитель не предоставил ему этого права или если полномочия его не абсолютны. Однако договоры, заключенные вторым представителем в присутствии первого, действительны, равно как и договоры, хотя заключенные в его отсутствие, но на которые он впоследствии изъявил согласие, а также (в случаях купли или продажи) когда первый представитель предварительно назначит цену. Мукатаб, рай или зиммий не могут действовать в ка-

честве представителей несовершеннолетней дочери-мусульманки, равно как и вероотступник или неправовверный чужестранец.

Глава III. О представительстве судебном и при исполнении решения

Судебное представительство предполагает представительство при исполнении решения. Но в настоящее время решения постановляются согласно противоположному началу. Представитель, уполномоченный на принятие долга, уполномочен также на ведение тяжёбного дела. Поручение принять известную вещь не заключает в себе поручения отыскивать эту вещь судебным порядком. Представитель в тяжёбном деле вправе делать уступки от имени своего доверителя. Случай назначения представительства с воспрещением учинять признание. Представительство для получения долга, предоставленное поручителю в платеже этого долга, недействительно. Случай иска представителя для получения долга в отсутствие доверителя. Случай представительства для получения поклажи в отсутствие доверителя. Лицо, уполномоченное на получение предмета поклажи и заявляющее, что оно купило таковой, не вправе получить его от поклажепринимателя. Лицо, уполномоченное на получение долга, вправе получить таковой, хотя бы должник заявил, что он уже учинил платеж. Продавец вещи не может быть принужден взять таковую обратно от представителя покупателя по заявлению о недостатке купленного, пока покупатель не даст присягу в существовании недостатка. Лицо, получающее деньги для известного употребления, может вместо них заплатить своими деньгами.

Глава IV. О прекращении представительства

Доверитель может по своему желанию уволить представителя, за исключением случаев, касающихся прав другого лица. Представительство сохраняет силу, пока представитель не получит надлежащих сведений о своем увольнении. Представительство прекращается смертью, признанным сумасшествием или вероотступничеством доверителя. Но не вероотступничеством, если доверитель — женщина. Случай, когда назначение представителя мукатабом, мазуном или совладельцем теряет силу. Представительство прекращается смертью, сумасшествием представителя или вероотступничеством его и бегством во враждебную страну. Представительство не возобновляется вследствие раскаяния и возвращения доверителя-вероотступника. Представительство по совершению известного определенного акта прекращается при совершении этого акта самим доверителем. Представительство, прекращенное каким-либо действием доверителя, не может быть затем восстановлено.

КНИГА XXIV. О ДАВИИ, ИЛИ ИСКАХ

Глава I. Введение

Различие между истцом и ответчиком. Истец должен точно указать предмет иска, который (если принадлежит к числу движимого имущества) должен быть доставлен в заседание. Ответчик должен явиться для ответа на правильно предъявленный иск и представить предмет иска или установить стоимость этого предмета. Или (если предмет иска составляет земля) истец должен указать границы и точно сформулировать свое требование. В делах о взыскании долга достаточно простого требования и указания на роль и количество монет. Обязанности казия.

Глава II. О присяге

Не должно требовать от ответчика присяги, когда свидетели истца (хотя и не находящиеся налицо) могут быть призваны для допроса. Нельзя требовать присяги от истца. Доказательству, представленному истцом, должно отдавать предпочтение перед доказательством, представленным ответчиком. При отказе ответчика дать присягу казий должен немедленно постановить против него решение. Казий должен сделать ответчику три отдельных заявления. Отказ дать присягу бывает двух родов: положительный и предполагаемый. Присяга не может быть требуема от ответчика в делах, касающихся брака, развода, йла, рабства, виля, наказания или леана. Вор, отказывающийся от присяги, ответствен за украденное имущество. В иске, основанном на разводе до совершения брачного сожителства, жена имеет право на свою половину приданого, если муж отказывается дать присягу. В исках о родстве допускается присяга ответчика. Случай требования возмездия. Когда свидетели истца могут быть призваны, то ответчик должен дать поручительство в своей явке в течение трех дней. Но если свидетели не могут быть призваны, то нельзя требовать от ответчика поручительства.

Раздел. О способе дачи и требования присяги

Присяга должна быть дана во имя Господа. Казий должен произносить слова ее. Клят-ва разводом или отпущением на волю недопустима. Евреи должны клясться Пятикнижием, а христиане — Евангелием. Язычники должны клясться Богом. Казий не должен приводить неверных к присяге в почитаемых ими местах. Присяга мусульман не нуждается в усилении путем дачи ее в известное время и в известном месте. Случай, в которых присяга ответчика должна относиться к основанию иска и к предмету его. В случае наследства присяга ответчика должна относиться к его сознанию. Если ответчик заключил с истцом мировую сделку, то от него нельзя впоследствии требовать присяги.

Глава III. О тагалифе, или обоюдной присяге истца и ответчика

В случае разногласия между продавцом и покупщиком и неимения у них доказательств они оба должны дать присягу. Формулы присяги. Формулы присяги продавца и покупщика. Когда обе стороны присягнут, то договор продажи должен быть расторгнут по приказу казия. Продавец или покупщик, отказывающийся от присяги, проигрывает дело. Стороны не должны быть приводимы к присяге, когда спор их касается предмета несущественного для заключенного ими договора. В спорах, касающихся несущественных условий договора, следует давать веру заявлению возражающего лица. Стороны не приводятся к присяге, когда имущество погибнет в руках покупщика. Случай спора относительно цены двух рабов, когда один из них умер. Способ дачи сторонами присяги в этом случае. Случай спора о цене при расторжении договора продажи после передачи предмета его. Когда цена была уплачена вперед и стороны согласятся расторгнуть договор, но спорят относительно уплаченной вперед суммы, то следует дать веру утверждению продавца. Случай спора между мужем и женой о приданом. Случай спора между хозяином и арендатором об арендной плате или объеме аренды до передачи предмета договора. Случай того же рода после передачи предмета договора. Случай спора о выкупе. В споре между мужем и женой относительно домашнего имущества спорный предмет присуждается той стороне, потребности которой он по природе своей служит. Если спор происходит между оставшимся в живых супругом и наследниками умершего супруга, то вещь должна быть присуждена пережившему супругу. Если одна из сторон — раб, то вещь должна быть присуждена той стороне, которая свободна.

Раздел. О лицах, не обязанных отвечать по искам

Не отвечает по иску лицо, которое приводит возражение о поклаже, закладе или овладении (спорным предметом), подкрепленное свидетельскими показаниями, если только лицо это не пользуется дурной славой или показание его свидетелей представляется недостаточным. Оно подлежит ответственности, если возражает ссылкой на право собственности. Или если истец ищет с него как с вора или незаконного владельца (захватчика), хотя бы он представил доказательства владения в качестве доверенного лица. А также если истец ищет краденое, не указывая вора. Но не в том случае, если иск основан на приобретении посредством купли.

Глава IV. О вещах, отыскиваемых двумя лицами

Если отыскивается вещь делимая и доказательства с обеих сторон равны, то она должна быть присуждена обоим истцам в равных частях. Если иск касается жены, то право должно быть присуждено согласно ее заявлению. Или (если свидетели устанавливают время бракосочетания) в пользу того, чье право возникло раньше. Решение, присуждающее жену одному истцу, не может быть отменено в пользу последующего истца, разве свидетели докажут, что право его возникло раньше. Если два лица отыскивают раба по праву купли, то они после присуждения им этого раба вправе каждый уплатить половину его цены или отказаться от своей части. Но если им установлено время купли, то раб должен быть присужден первому покупщику. Если одна сторона ищет на основании купли, а другая — на основании дарения и факта владения (не устанавливая времени возникновения права), то предмет должен быть присужден покупщику. Лицо, ищущее на основании купли, и лицо, ищущее на основании брачного договора, находятся в одинаковом положении. Иск, основанный на договоре заклада и владения, удовлетворяется преимущественно перед иском, основанным на дарении и факте владения. Из двух исков, одинаково обоснованных, удовлетворению подлежит тот, который вытекает из права, возникшего раньше. На том же основании удовлетворяются два иска, вытекающие из договора купли и предъявленные против одного лица. Если иск предъявляется против двух лиц, то вещь присуждается обоим истцам в равных частях. Если только один из истцов не представит доказательства времени приобретения предмета, в каком случае он присуждается ему. Если четверо истцов отыскивают право собственности на вещь, приобретенную ими от четырех разных лиц, то вещь присуждается им в равных частях. Доказательство, представленное владельцем, должно быть допущено предпочтительно перед доказательством истца, когда первым доказательством устанавливается более ранний момент приобретения права. Если иск предъявлен абсолютно, то доказательства истца имеют преимущество. То же самое правило применяется, когда спорный предмет есть недвижимое имущество. Случай иска приплода. Или другой собственности, основанной на однородном с рождением факте. Владелец предмета, доказавший приобретение такового от истца, устраняет претензию последнего. Если каждая сторона докажет покупку вещи у другой стороны (не указывая времени), то решение не может быть постановлено. И так же, если каждая сторона докажет уплату цены. В спорах о земле решение должно быть постановлено в пользу последнего покупщика. Представление большего числа свидетелей, чем требуется законом, не имеет влияния на решение. Случай иска двух лиц, имеющего предметом дом, причем один истец требует половину дома, а другой истец — весь дом. В исках о приплоде следует обращать внимание на установленное истцом время рождения. Сторона, заявляющая, что спорный предмет вверен ответчику как доверенному лицу, и сторона, заявляющая, что ответчик присвоил этот предмет, находятся в одинаковом положении.

Раздел. О спорах, касающихся владения

Владение животным удостоверяется всяким актом, указывающим на пользование этим животным. Право лица, пользующегося вещью, предпочтительно перед правом лица, держащего эту вещь. Право владения найденным устанавливается его собственным признанием. Двор сарая присуждается тяжущимся. В исках о земле нельзя постановлять решения без представления доказательств.

Глава V. Об исках о родстве

Иск продавца рабы о ребенке, рожденном ею до истечения шести месяцев после продажи, подлежит удовлетворению. И хотя бы покупатель предъявил такое же требование, все-таки требование продавца имеет преимущество. Если рождение имеет место в период времени от шести месяцев до двух лет после продажи, то иск продавца удовлетворяется, если будет подтвержден покупщиком. Мать становится его умми-валяд, если ребенок во время иска находится в живых. Если иск предъявлен продавцом после эмансипации матери покупщиком, то он действителен, но если ребенок отпущен им на волю, то иск недействителен. Иск, предъявленный первоначальным продавцом, после второй продажи недействителен, и продажа ничтожна. Иск, установленный относительно одного из близнецов, считается установленным и относительно другого. Иск о родстве не подлежит удовлетворению после признания, учиненного в пользу другого лица. Иск о родстве, предъявленный христианином, должен быть удовлетворен преимущественно перед иском о рабстве, предъявленным мусульманином. Иск о родстве, предъявленный замужней женщиной, не подлежит удовлетворению, если рождение не будет удостоверено, по крайней мере одной женщиной. Или (если она находится в периоде иддат) одним мужчиной и двумя женщинами. Но если муж ее подтвердит иск, то нет необходимости в таком показании. Случай рождения ребенка от рабы, находящейся в неправильном владении.

КНИГА XXV. ОБ ИКРАРЕ, ИЛИ ПРИЗНАНИЯХ

Глава I. Введение

Признание, учиненное правоспособным лицом, обязательно для признавшегося, но не для другого лица. Для действительности признания необходимы следующие условия: свобода, здравый рассудок и совершеннолетие. Неведение относительно предмета признания не делает таковое недействительным. Но неведение лица, в пользу которого признание учинено, делает таковое недействительным. Признание, учиненное в общих выражениях, должно быть ограничено предметом, подлежащим оценке. И если требуется больше того, что указано признавшимся лицом, то заявлению его, подкрепленному присягой, дается вера. Признание, учиненное под общим выражением «имущество», должно быть принято согласно объявлению признавшегося. Но если признание относится к значительному имуществу, то оно не может означать менее того, что составляет нисаб в имуществе, к которому оно относится. Случай признания долга, состоящего из многих даргимов или вообще из даргимов.

Раздел

Признание, учиненное в пользу зародыша (в силу отказа или наследственного права), действительно. Если только рождение имеет место в пределах вероятного периода беременности. Если ребенок родится мертвым, то вещь, составляющая предмет признания, должна быть разделена между наследниками; если же родятся близнецы, то вещь следует разделить между

ними. Но если такое признание связывается с невозможным основанием, то оно ничтожно. Равно и в том случае, когда признание учиняется без указания основания. Признание, относящееся к существующему, но еще не произведенному предмету, недействительно. Признание, учиненное под условием, исполнение которого зависит от должника, действительно, самое же условие ничтожно.

Глава II. Об изъятиях и о том, что считается равносильным изъятию

Изъятие части признанного предмета действительно, если оно непосредственно соединено с признанием; но если изымется весь предмет признания, то изъятие недействительно. Изъятие должно быть однородно с признанием, иначе оно недействительно. Ссылка на Божью волю делает признание ничтожным. В признании, касающемся дома, изъятие фундамента недействительно. Изъятие для двора при доме допустимо. Возражение о непередаче вещи устраняется передачей таковой признавшемуся лицу. Но в случае разногласия относительно предмета обе стороны должны присягнуть. Если предмет не определен индивидуально, то ограничение не принимается во внимание. Следует давать веру возражению о неполучении признанного предмета. Незаконность основания обязательства не уничтожает признания. Заявление о качестве признанной монеты устраняется противоположным заявлением лица, в пользу которого признание учинено. Но ограничение, касающееся рода монет, а не качества их, противоположным заявлением лица, в пользу которого учинено признание, не устраняется. Ограничение в отношении качества допустимо, если признающийся не упоминает об основании обязательства. Или хотя и упоминает, но основанием является или завладение, или поклада. Признание, относящееся к покладе или завладению драгоценностями, — сатука. Исключение части из целого не должно быть допускаемо, если делается отдельно. Разве это происходит вследствие неустраняемой причины. В признании о незаконном завладении поврежденный предмет должен быть принят. Когда имущество потеряно, а признающийся утверждает, что оно дано было на сохранение, другая же сторона — что признающийся незаконно завладел этим имуществом, то последний становится ответственным. Но он не ответствен, если признает поклажу, а другой заявляет о займе. Случай признания в получении денег с оговоркой, что деньги эти — собственность признающегося. Случай признания в получении определенного имущества с той же оговоркой. Случай спора о недвижимой собственности.

Глава III. О признаниях, учиненных больными

Долги, признанные на смертном одре (без указания их основания), удовлетворяются после всех других долгов разного наименования. Умиравшее лицо не может уступить определенное имущество путем признания. Ни уплатить часть своих долгов (за исключением сделанных во время болезни). Долг, признанный на смертном одре, удовлетворяется после всех других долгов. Если нет других долгов, то он удовлетворяется предварительно распределения наследства. Признание, учиненное в пользу наследника, недействительно, если не последует согласия со стороны наследников. Равно как и признание в пользу части наследников. Признание умирающего в пользу постороннего действительно в объеме всего имущества. Но оно уничтожается последующим признанием больного, что постороннее лицо — его сын. Случай признания в пользу отверженной женщины.

Раздел. Различные случаи

Признание родства с несовершеннолетним. Признание родителей, детей и патронов действительно, если оно подтверждено сторонами. Признание умирающим дяди или брата дает им право наследования (если у него нет других наследников), но не устанавливает родства.

Признание наследником брата дает последнему право на наследование, но не устанавливает родства. Случай признания, учиненного сонаследником, о частичной уплате долга наследователю.

КНИГА XXVI. О СУЛЬХЕ, ИЛИ МИРОВОЙ СДЕЛКЕ

Глава I. Введение

Мировое соглашение может последовать тройко: с признанием, молчаливо и после отрицания. Мировое соглашение путем уступки имущества за имущество равносильно продаже. И становится недействительным по причине ошибки в предмете, данном по мировой сделке. Мировое соглашение путем уступки пользования равносильно найму. Но срок пользования должен быть доказан. Мировое соглашение после отрицания равносильно мене по отношению к истцу, но не по отношению к ответчику. Уступка дома при мировом соглашении не предполагает права шифат. Но шифат применяется в случае дачи дома для мирового соглашения. Случай, в которых часть вещи, данной для мирового соглашения, должна быть возвращена. Если мировое соглашение последовало после отрицания или молчания и вещь, относительно которой оно состоялось, окажется собственностью другого, то данное взамен ее имущество должно быть возвращено, а истец должен обратиться со своим иском против того, кому принадлежит право на вещь. То же правило по соразмерности применяется, когда какая-либо часть вещи окажется собственностью другого. Если вещь, данная для мирового соглашения, после признания окажется собственностью другого, то она должна быть возвращена, а истец получает право на получение от ответчика эквивалента ее. Если это случится при мировом соглашении после отрицания или молчания, то истец должен требовать от ответчика спорный предмет. Мировое соглашение относительно неопределенной части вещи не изменяется, если затем окажется, что известная часть ее принадлежит другому. Мировое соглашение взамен части предмета иска недействительно.

Раздел

Споры, касающиеся имущества, могут быть оканчиваемы мировыми соглашениями, равно как иски о пользовании. Мировые соглашения действительны при убийстве. Но если мировая сделка заключена взамен незаконного предмета, то из нее не возникает обязательства долга. Мировая сделка взамен установленного наказания не может быть допущена. Иск о родстве. Или о допущении строения на большой дороге. Иск о браке может быть окончен примирением, предъявлен ли он мужем или женой. Иск о рабстве может быть оканчиваем примирением. Но истец не сохраняет права виля. Привилегированный раб не может входить в мировое соглашение относительно совершенного им правонарушения, но может — относительно правонарушений, совершенных его рабом. Случай мировой сделки относительно захваченного имущества, которое уничтожено в руках захватчика. Случай мирового соглашения относительно части раба, составляющего общую собственность.

Глава II. О добровольном мировом соглашении и о представительстве при соглашении

Представитель при мировом соглашении в деле об убийстве или долге не ответствен за предмет, данный для соглашения, если не выразил положительно, что принимает на себя такую ответственность. Но ответствен, когда мировое соглашение состоялось путем обмена имущества на имущество. Мировые сделки фузули бывают четырех видов. Случай, когда фу-

зули вступает в мировое соглашение, уступая известный предмет без отнесения такового к своему имуществу.

Глава III. О мировом соглашении в долговых обязательствах

Относительно долга, вытекающего из кредитного обязательства, может быть допущено мировое соглашение путем уплаты части. То же самое следует сказать о подобных соглашениях относительно долга, возникшего из какого бы то ни было акта, влекущего за собою ответственность. Мировая сделка относительно долга может состояться путем отказа от требования равной суммы. Но не тогда, когда отсроченный платеж выговорен в монетах другого наименования. Отсроченный долг не может быть погашен по мировой сделке уплатой части его. Долг в недоброкачественной монете не может быть погашен по мировой сделке платежом меньшей суммы доброкачественной монетой. Но долг в хорошей монете может быть погашен по мировому соглашению недоброкачественной монетой, будет ли сумма меньше или равна отыскиваемой. Долг в монетах двух наименований может быть погашен по мировой сделке платежом меньшей суммы того или другого наименования. Случай предложения кредитора считать долг совершенно погашенным под условием уплаты половины его в известный срок. Случай этот представляется в трех различных видах. Признание может быть выговорено для мирового соглашения. Но если такое соглашение предлагается публично, то сделка недействительна.

Раздел. О совокупных обязательствах

Если один из двух кредиторов вступит в мировое соглашение относительно своей части долга, то другой кредитор вправе или получить соответствующую долю предмета, данного для соглашения, или потребовать от должника причитающуюся ему часть долга. Один из двух кредиторов, получивший уплату своей части совокупного долга и уплативший другому кредитору долю в полученной вещи, сохраняет право требования остального долга. Если другой кредитор предпочтет получить уплату своей части от должника и имущество окажется потерянным или должник несостоятельным, то он имеет право иска к другому кредитору относительно соответствующей части полученного последним имущества; но права этого не существует, когда первый кредитор вступил в мировое соглашение путем зачета своей части. Если один из кредиторов освободит должника от части причитающейся ему доли, то право кредиторов продолжает существовать в объеме, соответствующем остающимся у каждого претензиям. Один из двух кредиторов может согласиться на отсрочку платежа. Один из двух кредиторов получает свою часть захватом чего-либо у должника или потерей, или уничтожением чего-либо, принадлежащего ему, или принятием для мирового соглашения аренды, или сожжением принадлежащего должнику платья. Один из двух кредиторов погашает свою долю, вступая в брак с должницей и обращая свою долю на приданое или уступая эту долю для мирового соглашения при нарушении чьего-либо права. Если один из кредиторов вступит в мировое соглашение относительно своей доли в претензии путем покупки, то другой кредитор вправе получить свою долю от должника или соответствующую часть полученного покупщиком. Один из двух участников договора салам не может вступить в мировое соглашение относительно своей доли.

Раздел. О тахари

Определение термина. Наследники могут вступить в мировое соглашение с сонаследником относительно его части наследства, состоящей из земли или движимости, взамен эквивалента. Или одного рода благородного металла, когда наследство состоит из другого рода благородного металла. Наследство, состоящее из драгоценных металлов и движимости, может быть уступлено для мирового соглашения взамен золота или серебра, но эти металлы должны

превышать стоимость тех же унаследованных металлов, а излишек должен быть передан наследнику в момент заключения мировой сделки. Наследство, состоящее из монет, может быть предметом мирового соглашения взамен монет, так что одна сумма их противопоставляется другой. Унаследованная претензия не может быть предметом мирового соглашения, разве наследник согласится освободить должника от обязанности уплатить причитающуюся ему часть долга; другие наследники уплатят ему его часть безвозмездно или дадут ему займы суммой его претензии для передачи должнику. Случай мирового соглашения относительно наследства, составные части которого неизвестны. Случай соглашения, когда составные части наследства известны лишь отчасти. Относительно наследства, отягощенного долгами, не может быть ни мирового соглашения, ни раздела.

КНИГА XXVII. О МУЗАРАБАТЕ, ИЛИ ТОВАРИЩЕСТВЕ В ПРИБЫЛЯХ КАПИТАЛА И ТРУДА

Глава I. Введение

Договоры музарабата законны. Капитал составляет поклажу в руках деятеля. Если договор окажется недействительным, то деятель вместо прибыли получает соответственную плату за труд. Деятель, сопротивляющийся приказаниям собственника, является узурпатором. Музарабат может иметь место лишь относительно такого капитала, который допускает товарищество. Необходимо, чтобы в таком договоре прибыль не была определена и не подвержена неизвестности. Необходимо также, чтобы капитал был передан в руки деятеля. Условие о том, что собственник капитала явится и деятелем, делает договор недействительным. Так же, как и условие об управлении капиталом договорившеюся стороною, хотя бы и не собственником. Если только он не способен к такому управлению. Деятель свободен поступить с капиталом по собственному усмотрению. Но он не может передать его другому лицу по договору музарабата без согласия собственника. Или отдать его в ссуду, хотя бы он был уполномочен действовать по усмотрению. Деятель не вправе отступить от ограничений, наложенных на него договором. Нарушив ограничение, деятель становится ответственным за капитал. Ограничение известной частью города недействительно. Если только при этом не выражено положительное исключение всякого другого места. Деятель может быть ограничен в своих действиях известными лицами. Действие договора может быть ограничено известным периодом. Деятель вправе покупать лишь предметы, могущие стать, в силу овладения, собственностью собственника капитала. Деятель не может купить раба, свободного по отношению к нему, когда до того на капитал получена какая-либо прибыль. Случай покупки деятелем рабы и рождения ею от него ребенка.

Глава II. О деятеле, вступающем в договор музарабата с другим деятелем

Деятель, передающий вверенный ему капитал другому деятелю, ответствен перед собственником за всякую полученную на капитал прибыль. Случай передачи капитала одним деятелем другому при содействии собственника.

Раздел

В договоре может быть выговорена часть прибыли в пользу раба собственника. Но если раб вступает в такой договор за счет своего хозяина, то договор этот недействителен.

Глава III. Об увольнении деятеля и о разделе имущества

Договор прекращается смертью одной из сторон или вероотступничеством и выездом из отечества деятеля. Если деятель отступит от веры, не оставяя отечества, то договор остается в силе. Все действия, совершенные деятелем до получения им надлежащего уведомления об увольнении, действительны. Деятель, будучи поставлен в известность о своем увольнении, вправе все-таки превратить то, что находится в его руках, в деньги. Но если оно уже было превращено в деньги, то он не вправе пустить их в оборот. Если только капитал этот не состоит в монетах другого наименования, в каком случае он может превратить его в монеты того же наименования, к которому принадлежал первоначальный капитал. Если при прекращении договора капитал состоит в долгах, то деятель должен собрать их, когда была получена какая-либо прибыль. Всякая потеря на капитал вычитается из прибыли. Если прибыль разделяется до возвращения капитала, а затем капитал подвергнется какой-либо случайности, то деятель должен возвратить полученную им часть прибыли. Деятель не ответствен за недочет. Прибыль, полученная деятелем, ни в каком случае не входит в расчеты по новому договору, заключенному теми же сторонами.

Глава IV. О действиях, законно совершаемых деятелем

Деятель может продать капитал за наличные деньги или в кредит. Или доверить рабу управление им; или, продав его (капитал) за наличные деньги, согласиться на отсрочку платежа. Или позволить покупщику перевести платеж на другое лицо. Деятель вправе совершать акты, на которые он уполномочен договором. Или в силу общей власти, данной ему собственником. Или такие, на которые он не уполномочен ни тем, ни другим способом. Деятель не вправе заключать брачный договор между рабом и рабой (составляющими часть капитала). Часть капитала, переданная деятелем собственнику в виде бозаата, продолжает составлять принадлежность капитала, данного по договору музарабата. Расходы по содержанию деятеля не подлежат возмещению, если он не путешествует на расстояние не менее одного дня пути от постоянного его места жительства. И расходы эти удовлетворяются из прибыли, а не из капитала. Расходы по продаже капитала должны быть покрываемы из сего последнего. Все расходы на купленные предметы, не имеющие последствием придание им нового существенного качества, остаются на ответственности деятеля.

Раздел

Случай потери капитала после получения на него прибыли и образования долга. Случай продажи собственником деятелю. Или деятелем собственнику. Случай купли деятелем раба, который засим совершит убийство. Деятель, вступивший в сделку относительно какого-либо предмета и затем потерявший капитал, должен обратиться к собственнику за новым капиталом, чтобы получить возможность исполнить сделку.

Глава V. О спорах между собственником капитала и деятелем

В спорах относительно приобретения прибыли на существующий капитал следует верить заявлению деятеля. Но в спорах относительно доли участия в прибыли — заявлению собственника. Равно как и в спорах относительно существа договора, по которому капитал был передан деятелю. Если собственник заявляет о существовании ограничения, то следует верить отрицанию деятеля. Но если обе стороны утверждают существование ограничений, но различных, то следует верить заявлению собственника. В спорах, касающихся ограничения временем, предпочтение отдается доказательствам, устанавливающим позднейший срок.

КНИГА XXVIII. О ВАДИА, ИЛИ ПОКЛАЖЕ

Определение терминов, употребительных в поклаже. Поклажеприниматель не ответствен за поклажу, если не учинит относительно нее правонарушения. Он может сам принять поклажу или поручить заботу о ней одному из своих домочадцев. Но если он поручит заботу о ней чужому, то он становится ответственным. Равно как и тогда, когда он поместит ее в принадлежащем другому месте. Он не ответствен, если передаст ее в чужое владение ради сохранения ее от гибели. Он становится ответственным в случае отказа возвратить поклажу по требованию. Если он смешает поклажу неразделимо с собственным имуществом, то должен вознаградить собственника. Если смешение произойдет случайно, то собственник становится участником во всем имуществе в соответствующей части. Если поклажеприниматель израсходует часть поклажи и пополнит недостаток путем смешения с собственным имуществом, то он ответствен за целое. В случае превышения власти относительно поклажи хранитель ответствен до тех пор, пока длится правонарушение. Если поклажеприниматель на требование собственника отрицает поклажу, то он ответствен в случае ее утраты. Но он не ответствен, если отрицание последовало на требование постороннего лица. Поклажеприниматель вправе взять поклажу с собой в путешествие, если только договор безусловен, путь безопасен и путешествие необходимо. Разве таковое положительно запрещено. В случае учинения поклажи двумя лицами поклажеприниматель не может передать одному из них его часть иначе, как в присутствии другого. Если два лица берут на сохранение делимую вещь, то каждый должен хранить половину. Ограничения не принимаются во внимание, если они противны обычаю или добрым нравам. Или относятся к известной комнате дома. Когда поклажа передана второму поклажепринимателю и утеряна, то собственник получает вознаграждение от первого поклажепринимателя. Случай иска, заявленного двумя лицами о деньгах, находящихся во владении третьего лица.

КНИГА XXIX. ОБ АРИЯТЕ, ИЛИ ССУДЕ

Определение арията и существо предоставляемого при ссуде пользования. Форма ссуды. Ссужатель может, когда пожелает, взять ссуду обратно. Ссудоприниматель не ответствен за утрату ссуды, разве он превысит свою власть относительно нее. Он не вправе отдать полученную в ссуду вещь внаем. Если же он отдаст ее внаем, то становится ответственным. Он может, в свою очередь, отдать ее в ссуду другому лицу, если только это не ставит вещь в худшее положение. Ссуда денег и т.п. в противоположность ссуде индивидуальных предметов. Земля может быть взята в ссуду для возведения на ней постройки или для насаждений, но ссужатель вправе потребовать ее обратно. Земля, данная в ссуду для посева, не может быть взята обратно до снятия урожая. Ссудоприниматель обязан нести расходы по возвращению ссуды. Для возвращения взятого в ссуду животного достаточно поставить его в конюшню собственника. А для возвращения раба — чтобы он был доставлен господину на дом. Достаточно, если ссуда возвращается через посредство раба или слуги ссудопринимателя. Или ссужателя. Если ссуда возвращена через постороннее лицо, то ссудоприниматель ответствен. Термины, в которых должен быть выражен договор ссуды земли.

КНИГА XXX. О ГИБА, ИЛИ ДАРЕНИИ**Глава I. Введение**

Дарение законно. И становится действительным посредством предложения, принятия и овладения. Можно вступить во владение подаренным на том месте, где дарение предложено, без особого распоряжения дарителя, но не после того. Дарение части делимой вещи недейст-

вительно, но дарение части неделимой вещи действительно. Дарение предмета, заключающегося в другом предмете, недействительно в полном объеме. Дарение поклажи поклажепринимателю действительно без формальной передачи и овладения. Дарение со стороны отца малолетнему сыну вещи, находящейся в его фактическом или законном владении, действительно в силу его (отца) владения. Равно как и дарение со стороны постороннего лица малолетнему. Дарение сироте совершается овладением со стороны опекуна. А дарение не имеющему отца ребенку — овладением со стороны его матери. Дарение несовершеннолетнему, действующему с разумением, совершается посредством овладения со стороны самого несовершеннолетнего. Дом может быть предоставлен в виде дара двумя лицами одному. Но не одним лицом двум. Различие между совокупным дарением или милостыней богатому и бедному. Случай дарения дома в разных частях.

Глава II. О повороте подаренного

Даритель может потребовать обратно дар от постороннего лица. Но существуют разные обстоятельства, препятствующие повороту. Дарение земли не подлежит повороту после того, как одаренный возвел на ней постройки или посадил деревья. После продажи части земли одаренным даритель может взять обратно остальную землю. Дар, учиненный в пользу родственника, не подлежит повороту. Равно как дар в пользу мужа или жены, учиненный во время брака. Получение вознаграждения препятствует повороту, хотя бы вознаграждение было дано посторонним лицом. Если часть подаренного окажется собственностью другого, то соответствующая часть вознаграждения может быть получена обратно. Если дается вознаграждение лишь за часть подаренного, то остальной дар может быть потребован обратно. Поворот может совершиться лишь по обоюдному согласию или по решению казны. Новое овладение со стороны дарителя не требуется для действительности поворота. Даритель не обязан вознаграждать одаренного, подвергшегося ответственности по поводу дара. Обоюдное дарение требует обоюдного овладения.

Раздел

Дарение беременной рабы заключает в себе и дарение утробного младенца. Если таковой не был предварительно отпущен на волю. Если утробный младенец предварительно сделан мудаббаром, то дарение ничтожно. Дарение вещи делает все предшествующие условия относительно этой вещи ничтожными. Дарение долга путем условного освобождения от него недействительно. Случай пожизненного дарения.

Раздел. О садака, или милостыне

Милостыня требует овладения предметом ее и не может быть взята обратно. Разница между пожертвованием на благочестивые дела мала и милька.

КНИГА XXXI. ОБ ИДЖАРА, ИЛИ НАЙМЕ

Глава I. Введение

Пользование и наемная плата должны быть специально определены. Наемная плата (или вознаграждение) может состоять из предметов, способных служить мерилем ценности. Объем пользования может быть определен установлением срока. Или определением подлежащей к исполнению работы. Или определением и указанием в натуре.

Глава II. О времени, когда можно требовать наемную плату

Наемная плата может быть требуема только по соглашению или по окончании действия договора. Арендатор становится обязательным платить арендную плату, когда дом и т.п. передан ему. Если в договоре не постановлено иначе, то можно требовать арендную плату за каждый день пользования. Или наемную плату за животное (при путешествии) от станции до станции. Рабочий не вправе требовать что-либо до окончания работы. Случай найма пекаря, повара и кирпичника. Рабочий вправе удержать вещь, над которой он работал, пока не получит удовлетворения. И он не ответствен за действие случая в продолжение такого удержания. Если работа не производит видимого изменения в предмете, то таковой не может быть удержан. Рабочий, если договор ограничивается его работой, не вправе употреблять для работ других лиц.

Раздел

Случаи, в которых договор не может быть вполне исполнен.

Глава III. О вещах, отдача которых внаем незаконна, и о спорах по найму

Дом или лавка могут быть отданы внаем без положительного указания цели найма. Если только пользование наемщика не сопряжено с ущербом для здания. При аренде земли арендатор вправе пользоваться дорогой и водой. Но аренда недействительна, если не указана цель ее. По истечении арендного срока земля должна быть возвращена в первоначальном виде. Наемщик по безусловному договору вправе предоставить пользование нанятым предметом другому лицу. Но в ограниченном договоре всякое отступление относительно способа пользования делает наемщика ответственным за нанятый предмет. Разве предмет будет такого рода что не может пострадать от отступления. Или само отступление не может нанести вреда предмету. Превышение меры пользования влечет соответствующую ответственность в случае происшедшего от того ущерба. Всадник, сажающий на животное второго всадника, ответствен за половину стоимости животного. Наемщик ответствен за гибель животного, происшедшую вследствие дурного обращения с ним. При найме или ссуде животного ответственность возникает вследствие уклонения от предписанного пути. Обмен седла на другое седло того же рода не влечет за собою ответственности, если нет разницы в весе; в противном случае возникает ответственность, пропорциональная излишку в весе. Если самый род седла различен, то возникает ответственность за всю стоимость осла. Носильщик не становится ответственным вследствие незначительного уклонения от предписанного пути. Соединенное с ущербом уклонение от предписанного возделывания арендованной земли подвергает арендатора пропорциональной ответственности. Портной, отступающий от указаний заказчика, ответствен.

Глава IV. О недействительном найме

Недействительное условие лишает договор найма силы. Но в этом случае уплачивается соответствующее вознаграждение за труд не свыше условленной наемной платы. Договор, заключенный без указания срока действия, прекращается по наступлении первого срока платежа. Правила относительно годовой аренды. Вознаграждение полагается банщикам и цирюльникам. Но нет вознаграждения за случку кобыл и т.п., ни за исполнение какой-либо религиозной обязанности, ни за пение и плач. Наем неопределенных предметов. Наем кормилицы. Договор найма, по которому вознаграждение подлежит уплате из выработанного предмета, недействителен. Совладельцы не обязаны платить друг другу наемной платы в делах, касающихся общей собственности. Неопределенность в терминах делает договор недействитель-

ным. Договор аренды земли не теряет силы вследствие предоставления арендатору права на такие действия, которые не оставляют прочных следов. Договор, по которому вознаграждение выговорено в виде предоставления тождественного права, ничтожен. Случай товарищества двух лиц. Аренда земли недействительна, если в договоре не указана цель аренды. При неопределенном договоре нет ответственности за согласное с обычаем пользование нанятым предметом.

Глава V. Об ответственности наемника

Разница между общим и частным наемником. Предмет, переданный общему наемнику, есть поклада. Но он ответствен, если вещь будет испорчена во время работы. Врач или коновал, действующие согласно обычной практике, не ответственны за случайности. Частный наемник, не ответствен за потерянное или испорченное им.

Глава VI. О найме под одним из двух условий

Наем ремесленника для совершения одной из двух работ действителен. Равно как найм одного из двух предметов. Или предоставление одного из нескольких видов пользования. Случай найма ремесленника с альтернативным условием относительно времени. Случай найма лавки для одного из двух назначений. Или животного для того или другого путешествия. Или для переноски того или другого груза.

Глава VII. О найме рабов

Нанятый слуга не может быть взят в путешествие, если это право не выговорено по договору. Жалованье, уплаченное ограниченному в правоспособности рабу, нанятому без согласия хозяина, не может быть взято обратно. Незаконный владелец раба не ответствен за заработок его в течение незаконного владения. Случай найма раба на различные сроки. Случай, когда нанятый раб скроется до окончания срока найма.

Глава VIII. О спорах между наемщиком и нанятым

В случаях спора с ремесленником относительно данных ему указаний следует верить заявлению заказчика. Равно как и в случае спора относительно вознаграждения.

Глава IX. О расторжении договоров найма

Договор аренды дома расторгается вследствие недостатков его или вследствие ветхости, а аренда земли — вследствие иссякания источников ее, аренда же мельницы — вследствие остановки мельничного ручья. Но если мельница служит для какого-либо употребления, то полагается пропорциональное вознаграждение. Договор найма теряет силу вследствие смерти одной из договорившихся от своего имени сторон. Он может быть заключен под условием права на односторонний отказ. Договор теряет силу вследствие наступления какого-либо достаточного для расторжения договора основания. Обстоятельства, дающие предлог к расторжению договора найма.

Раздел. Разные случаи

Арендатор земли или ссудоприематель не ответственны за случайности при выжигании жнив и пр. Ремесленник может войти в товарищество с другим за половину заработной платы. Найм верблюда для перенесения носилок с двумя лицами. Выюнный верблюд может быть нагружен другими предметами по мере удаления прежних.

КНИГА XXXII. О МУКАТАБАХ**КНИГА XXXIII. О ВИЛЯ**

Определение термина. Вилля бывает двух видов. Вилля раба принадлежит его освободителю, который становится ответственным за пени, налагаемые на раба, и получает право на наследование после него. Условие об отказе от права наследования недействительно. Вилля раба, отпущенного на волю путем китабата, принадлежит его хозяину. При эмансипации беременной рабы вилля ее утробного младенца принадлежит эмансипатору. Но если она не разрешится от бремени до истечения шести месяцев со времени эмансипации, вилля может перейти от него к эмансипатору отца. Случай женитьбы перса на вольноотпущенной. Если отец и мать вольноотпущенные, то вилля их детей принадлежит семье отца. Посредством вилля отпущения на волю устанавливается право наследования. Женщина имеет право на вилля своих вольноотпущенных и т.д., но не детей их. Имущество вольноотпущенного переходит к наследникам эмансипатора в прямой линии, а не вообще к его наследникам.

Раздел. О вилля мавалат, или вилля взаимной дружбы

Природа и действие договора мавалата. Каждая сторона может расторгнуть договор в присутствии другой стороны. Или низшая сторона может расторгнуть его в отсутствии высшей, вступив в мавалат с другим лицом. Но они не могут сделать этого после уплаты за нее другой стороной пени. Вольноотпущенный не может вступить в договор мавалата.

КНИГА XXXIV. ОБ ИКРАХ, ИЛИ ПРИНУЖДЕНИИ

Определение принуждения. Лицо, принуждаемое к вступлению в договор, может затем расторгнуть его. Признание, исторгнутое принуждением, недействительно. Покупщик становится собственником проданного по принуждению предмета. Но продавец может взять обратно предмет, если только он не выразил согласия на продажу. Продажа вафа. Продажа по принуждению становится действительной, если продавец добровольно получает цену предмета. Но она недействительна, если он был принужден принять ее. Когда при продаже принуждение имело место относительно продавца, но не покупателя, то последний ответствен за предмет, если таковой погибнет в его руках.

Раздел

Можно, не нарушая закон, есть и пить запрещенные предметы, если к тому принуждают угрозой жизни или телу. Не следует объявлять себя неправоверным или поносить Пророка, если к тому не принуждают опасностью потери жизни или членов тела. Лицо, по принуждению разрушающее чужое имущество, не ответственно, но принудитель ответствен. Лицо, убивающее другого по принуждению, есть нарушитель закона, но принудитель подлежит возмездию. Случай принужденного развода или эмансипации. Случай принудительного назначения представителя для развода или эмансипации. Ни одна сделка, сама по себе не отменяемая, не может быть расторгнута после исполнения ее по принуждению. Совершающий по принуждению блудодеяние подлежит наказанию. Случай вероотступничества по принуждению. Случай принятия ислама по принуждению. Случай признания мужем, что он отступил от веры по принуждению.

КНИГА XXXV. О ХАДЖРЕ, ИЛИ ОГРАНИЧЕНИИ ДЕЕСПОСОБНОСТИ**Глава I. Введение**

Ограничение имеет место относительно малолетних, рабов и сумасшедших. Ввиду чего заключаемые ими договоры продажи или купли требуют согласия лиц, имеющих над ними попечение. Ограничение это оказывает действие в отношении слов, но не в отношении актов. Все заключенные малолетним или сумасшедшим договоры, равно как и учиненное ими признание, недействительны; так же и выраженные ими развод или отпущение на волю. Равно как и развод или отпущение на волю, выраженные опекуном от имени малолетнего. Они ответственны за разрушение имущества. Признание, учиненное рабом, касается его самого, а не хозяина его, и вступает в силу по достижении рабом свободы. Или тотчас же, если оно влечет за собой наказание или возмездие. Учиненный им развод действителен.

Глава II. Об ограничении по слабоумию

Ограничение в отношении расточителя может быть наложено одним должностным лицом, а снято другим. Имущество расточительного юноши должно быть отобрано от него до достижения им 25 лет. Но договор продажи, заключенный им по достижении совершеннолетия и до наложения ограничения, действителен. И он может отпускать рабов на волю. Или даровать тадбир. Или потребовать ребенка, родившегося от его рабы. Или сделать свою рабу умми-валяд независимо от такого требования. Он может также жениться. Из его имущества уплачивается закят, а также содержание его родителям, детям и т.д. Ему нельзя воспрепятствовать совершить паломничество. Его отказы с благочестивой целью имеют силу. Фаасык не может быть подвергнут ограничению. Человек, легкомысленный в своих делах, может быть подвергнут ограничению.

Раздел. О времени достижения половой зрелости

Половая зрелость у мужчин устанавливается по известным обстоятельствам или достижением восемнадцатилетнего возраста, а у женщины — известными обстоятельствами или достижением семнадцатилетнего возраста. Заявлению их о достижении ими зрелости, если такому не противоречит их возраст, следует верить.

Глава III. Об ограничении по задолженности

Должник не подлежит ограничению. И имущество его не может стать предметом какой-либо сделки. Но он может быть подвергнут заключению. Если он владеет монетами того же наименования, как и его долг, то казий может произвести ими платеж; если же монеты другого наименования, то он может продать их для этой цели. Правила относительно продажи имущества должника. Признания, учиненные должником, не обязательны для него до уплаты его долгов. Должник (небогатый) получает содержание из своего имущества, равно его жены, дети и единоутробные родственники. Должник, ссылающийся на бедность, подвергается заключению. Общие правила, касающиеся должника во время содержания его в заключении. После освобождения его кредиторы вправе преследовать его. От них зависит, оставить ли его в заключении. Кредитор-мужчина не может преследовать свою должницу. Случай нахождения в руках должника проданной вещи после впадения его в несостоятельность.

КНИГА XXXVI. О МАЗУНАХ, ИЛИ ПРИВИЛЕГИРОВАННЫХ РАБАХ**КНИГА XXXVII. О ГАСБЕ, ИЛИ НЕЗАКОННОМ ВЛАДЕНИИ**

Определение термина. Действия, которыми устанавливается незаконное владение. Лицо, незаконно овладевающее предметом с намерением, есть правонарушитель. Незаконный владелец заменимого предмета ответствен за подобный же предмет, если он разрушен в его руках. Если предмет принадлежит к числу незаменимых, то он ответствен за стоимость его. Захваченный предмет, если он налицо, должен быть возвращен натурой в том месте, где был захвачен. При неисполнении сего незаконный владелец подвергается заключению, пока не даст удовлетворения. Незаконное овладение (влекущее ответственность) может иметь место только относительно движимости. Незаконный владелец дома ответствен за мебель. Но если он продаст дом и собственник не имеет свидетелей, то не ответствен. Незаконный владелец земли ответствен за всякий вред, происшедший от возделывания ее. Незаконный владелец движимости ответствен за стоимость в случае разрушения таковой. Если он сам повредит ее, то ответствен за повреждение. Но он не ответствен за понижение ценности вещи во время его владения. Незаконный владелец раба, отдающий его внаем, ответствен за всякий нанесенный ему вред и должен полученное жалованье отдать на благотворительные дела. Но если раб погибнет, то жалованье может быть употреблено на уплату части вознаграждения. Всякая денежная прибыль, полученная на захваченные в незаконное владение деньги, должна быть употреблена на благотворительные дела. Но не другого рода прибыль.

Раздел. О захваченных в незаконное владение предметах, видоизмененных действием незаконного владельца

Видоизменение захваченного в незаконное владение предмета переносит право собственности на незаконного владельца, который ответствен перед первоначальным собственником за стоимость предмета и не вправе воспользоваться какой-либо прибылью от этого предмета, пока не уплатит вознаграждения. Видоизменение, произведенное над золотом и серебром, не переносит право собственности на них. Постройка здания на захваченной в незаконное владение балке переносит право собственности на балку на незаконного владельца. Когда незаконный владелец убьет захваченное животное, то собственник имеет право выбора между получением трупа (вместе с вознаграждением за убыток) и уступкой его незаконному владельцу с получением стоимости животного. Незначительное повреждение захваченного сукна не переносит права собственности на него, но при значительном повреждении собственник имеет право или получить его обратно (вместе с вознаграждением за убытки), или уступить незаконному владельцу за стоимость его. Случай насаждения и постройки на находящейся в незаконном владении земле. Случай окраски захваченного в незаконное владение сукна или перемола пшеницы в муку.

Раздел

Незаконный владелец, повредивший захваченный предмет, становится собственником его, когда хозяин потребует стоимость этого предмета. Размер каковой удостоверяется заявлением незаконного владельца, подкрепленным присягой, или представленными собственником доказательствами. После получения стоимости предмета собственник не может потребовать его обратно, если вознаграждение соответствовало его требованию. Продажа незаконным владельцем захваченного раба действительна после получения собственником стоимости раба в виде вознаграждения, но отпущение раба на волю недействительно. Плод захваченного

имущества составляет поклажу в руках незаконного владельца. Незаконный владелец рабы не ответствен за вред, понесенный ею вследствие беременности, если только стоимость ребенка соответствует этому вреду. Незаконный владелец рабы, от которого она забеременеет, ответствен за ее стоимость, когда она умрет в родах после ее возвращения. За пользование захваченным предметом не полагается наемной платы, но незаконный владелец ответствен за всякий нанесенный этому предмету вред.

Раздел. О захвате вещей, не имеющих стоимости

Мусульманин ответствен за повреждение вина или свиньи зиммийа и должен вознаградить за них уплатой их стоимости. Изменение, произведенное над находящимся в незаконном владении предметом посредством труда, не сопряженного с расходами, не переносит права собственности; но если труд сопряжен с расходами, то право собственности переходит к незаконному владельцу, который должен дать вознаграждение. Случай превращения вина в уксус путем примеси ценного вещества. Уничтожение музыкального инструмента или приготовленного напитка мусульманина влечет ответственность. Уничтожившее эти предметы лицо должно уплатить сумму, равную их внутренней стоимости. Незаконный владелец мудаббары ответствен за ее стоимость, если она умрет в его владении, но незаконный владелец мукатабы не ответствен.

КНИГА XXXVIII. О ШИФАТЕ

Глава I. О лицах, которым принадлежит право шифат

Право шифат принадлежит соучастнику в общем имении, участнику в выгодах имения и соседу. Никто не может требовать его, пока существует лицо, имеющее преимущественное право, если лицо это не откажется от своего права, в каком случае оно переходит к следующему по порядку. Лицо, состоящее соучастником лишь относительно части имущества, имеет преимущественное перед соседом право. Относительное положение имущества определяет право, когда таковое основывается на соседстве. Право всех шафи (основание права которых тождественно) одинаково независимо от размера их имущества. Если некоторые в отъезде, то шифат присуждается в равных частях присутствующим, но когда отсутствующие явятся, то они получают свою долю. Право может быть осуществлено только после продажи имущества и после надлежащего заявления требования оно. Право собственности переходит к шафи лишь после передачи его покупщиком или после постановления судьи.

Глава II. О требованиях шифата и о спорах относительно его

Требования бывают трех родов: непосредственное; посредством утверждения и взятия в свидетели и посредством иска. Отсрочка предъявления иска не делает требование недействительным, в особенности когда отсрочка обусловлена отсутствием судьи. Правила, которые должен соблюдать судья при требовании шифата, и предписанный ему порядок расспроса сторон. Основание может быть предметом иска и решения независимо от цены спорного имущества. Но ответчик может удержать имение, пока не будет представлена цена его. Право шифат не теряется вследствие промедления в платеже. Иск может быть предъявлен к продавцу, пока дом находится в его владении. Иск может быть предъявлен к представителю покупателя, а также к представителю продавца или душеприказчика. Шафи, выигравший тяжбу, имеет право отказа по обозрении имения, а также вследствие пороков его.

Раздел. О спорах относительно цены

В спорах относительно цены следует верить заявлению покупателя, подкрепленному присягой, равно как представленным им доказательствам, а также и заявлению его, если продавец указывает большую сумму. Случай, когда можно дать веру заявлению продавца о цене.

Раздел. О предметах, взамен которых шафи может получить имущество, подлежащее шифату

Шафи имеет право на уступку, сделанную покупщику, но не может воспользоваться отказом от получения всей цены. Он не ответствен в случаях увеличения цены по соглашению между продавцом и покупщиком, состоявшемуся после продажи. Если цена состоит из движимых предметов, то шафи может взять имение, уплатив стоимость этих предметов; но если цена состоит из заменимых предметов, то он должен уплатить одинаковое количество их, а равно и тогда, когда цена заключается в земле. В случае отсрочки платежа шафи может или ждать истечения срока, или взять имение тотчас же по уплате цены его. Случай покупки зимним имением, подлежащего шифату, за цену, состоящую из запрещенных предметов.

Раздел

Шафи может или взять постройки и насаждения покупщика (по уплате ему стоимости), или потребовать удаления их. Шафи не имеет права на вознаграждение за посаженные им деревья или возведенные постройки на земле, оказавшейся чужой собственностью, но он может удалить их. Если имению после продажи его будет причинен какой-либо случайный или естественный вред, то все-таки шафи не может получить таковое иначе, как за полную цену. Если вред причинен покупщиком, то шафи может взять одну землю, уплатив действительную стоимость ее по оценке. Случай взятия шафи земли с плодовыми деревьями.

Глава III. О предметах, к которым применяется шифат

Право шифат применяется ко всем недвижимым имуществам, если они не проданы отдельно от земли, на которой стоят. В отношении шифата не делается различия между мусульманином и зиммием. Шифат применяется к имуществу, переходящему каким бы то ни было образом за вознаграждение. Шифат не применяется к имуществу, данному в приданое, или в виде вознаграждения за хуля, или наемной платы, или виры за убийство, или вознаграждения за отпущение на волю. Шифат применяется к дому, проданному для уплаты приданого. Шифат не применяется к дому, за владение которым по мировой сделке уплачена известная сумма. Шифат применяется к дому, отданному по мировой сделке, но не к дому, переданному в виде дара. Шифат не может иметь места относительно имущества, проданного с правом отказа, но применяется к имуществу, купленному под таким условием. При вступлении шафи по владению право отказа покупщика прекращается. В случае продажи с правом отказа лицо, которому это право принадлежит, является шафи соседнего имения. Право шифат не применяется к имуществу, проданному по недействительному договору. Продавец имущества по недействительному договору все-таки есть шафи соседнего имения, пока не передаст проданное имущество покупщику, к которому и переходит право шифат. Право шифат не возникает при разделе общего имения. Право, от которого сторона отказалась, не может быть впоследствии возобновлено.

Глава IV. Об обстоятельствах, уничтожающих право шифат

Право шифат уничтожается вследствие непредставления шафи в надлежащее время доказательств, или вследствие согласия на уступку сего права по мировой сделке, или вследствие смерти шафи до постановления казием определения. Право шифат не погашается смертью покупателя и потому имуществом нельзя распорядиться в пользу последнего. Шифат уничтожается вследствие продажи шафи имущества, от которого он производил свое право, или вследствие действий его в качестве представителя продавца. Его право может быть восстановлено, если он отказался от него вследствие неверных сведений о цене или о покупщике или если даны были неверные сведения относительно проданного имущества.

Раздел

Способ устранения права шифат. Случай купли дома частями одним и тем же лицом в разное время. Когда по соглашению сторон цена проданного имущества должна быть уплачена известными предметами, то шафи, настаивающий на своем праве, должен уплатить первоначальную цену.

Раздел. Разные случаи

Шафи может взять часть одного из нескольких покупателей, но если имеется несколько продавцов и только один покупатель, то он должен взять весь дом или вовсе отказаться от него. В случае продажи и раздела половины дома шафи может взять долю покупателя. Если один совладелец продаст свою часть, то шафи может уничтожить последующий раздел и взять долю совладельца за ту же цену. Привилегированный раб (имеющий долги) и его хозяин могут быть шафи по отношению к принадлежащему им имуществу. Действия, совершаемые отцом или опекуном относительно шифата, принадлежащего малолетнему.

КНИГА XXIII

О ПРЕДСТАВИТЕЛЬСТВЕ

- Глава I. Введение.
Глава II. О представительстве при купле и продаже.
Глава III. О представительстве судебном и при исполнении решения.
Глава IV. О прекращении представительства.

Глава I

ВВЕДЕНИЕ

Закон позволяет уполномочивать представителя для действий вместо контрагера при заключении договоров. Лицо вправе назначить другого своим представителем для заключения от его имени всякого договора, который оно вправе было бы заключить, как-то: договора продажи, брачного и т.д., ибо ввиду того, что человек иногда не в состоянии действовать лично вследствие разных обстоятельств (болни и т.п.), следует по необходимости допустить назначение представителя, что последний осуществил, в силу данной ему доверенности, то, в чем нуждается доверитель. Кроме того, в «Накли-Сахих» существует предание, что Пророк назначил своими представителями Хаким Бин Хирама — при покупке верблюда для приношения жертвы и Амир Бин Авма — для заключения брака между его матерью и Пророком.

Также для участия в уголовном преследовании и исполнении приговоров, за исключением дел о возмездии или наказании. Одно лицо вправе назначить другим представителем для участия в уголовном преследовании (даже в делах о возмездии или наказании) по изложенным уже соображениям, а также потому, что не каждое лицо способно вести дела этого рода. Сверх того, сохранилось предание в «Накли-Сахих», что Али назначил Акила своим представителем для участия в его уголовных делах, а когда Акил состарился, то он отпустил его, назначив своим представителем Абдулу Бин Джафара. Равным образом закон позволяет назначать представителя для участия в приведении приговора в исполнение, за исключением, однако, приговоров о возмездии или наказании. В последних случаях назначение представителя (который был бы уполномочен требовать исполнения приговора в отсутствие доверителя) недействительно, ибо наказание или возмездие отменяются п.

существовании сомнения, а отсутствие жалобщика возбуждает сомнение; прошение со стороны преследователя представляется даже вероятным, ибо оно похвально и заслуживает награды.

Возражение. В случае присутствия доверителя какая же необходимость в назначении представителя?

Ответ. Даже в этом случае может быть необходимость в назначении представителя: не каждый достаточно знаком со способами исполнения приговоров, и если бы преследователь не вправе был иметь представителя, то исполнение приговоров могло бы стать невозможным.

Все вышеизложенное согласно с Абу Ханифой. Абу Юсуф утверждает, что представительство в делах о телесном наказании или возмездии¹ (например, доставление представителем свидетелей) незаконно. Мнение имама Мухаммада совпадает с мнением Абу Ханифы; некоторые, впрочем, утверждают, что он согласен с Абу Юсуфом. Другие, напротив, говорят, что это разногласие имеет место только по вопросу об отсутствии представляемого, а не по вопросу о его присутствии (ибо в последнем случае представительство законно, по мнению всех), так как слова представителя в присутствии представляемого всецело относятся к последнему. Довод Абу Юсуфа по этому предмету заключается в том, что при установлении представительства всегда остается место сомнению относительно объема полномочия; а так как в уголовном преследовании следует избегать всего, что может дать повод к сомнению, то отсюда следует, что назначение представителя в этих делах недействительно, как и при исполнении приговора, и что оно не может быть допущено подобно тому, как при уголовном преследовании не допускается показание о показании. Доводы Абу Ханифы заключаются в том, что уголовное преследование есть лишь условие исполнения приговора, ибо необходимость наказания основывается не на преследовании, а на преступности, которая обнаруживается показаниями свидетелей; а потому представительство допускается в этом случае, как и в делах, касающихся других прав. Подобное же разногласие существует относительно случая, когда лицо, обвиняемое в деянии, влекущем телесное наказание или возмездие, уполномочивает представителя для своей защиты.

Лицо, обвиняемое в преступлении, может назначить для своей защиты представителя. В приведенном примере преобладает, однако, учение Абу Ханифы, ибо представитель может давать ответы и делать возражения, и этому не препятствует сомнение в объеме полномочия (как изложено выше). Если бы, однако, представитель учинил признание, то оно не имеет силы по отношению к доверителю, так как существует сомнение, был ли представитель уполномочен на такое признание.

Представительство при уголовном преследовании допускается только по болезни или отсутствию представляемого. По Абу Ханифе, законным поводом назначения представительства служит лишь болезнь представляемого или нахождение его на расстоянии трех и более дней пути от места, разве на допущение представителя

¹ Другими словами — в уголовном преследовании.

последует согласие противной стороны. Оба ученика утверждают, что такое представительство законно и без согласия противной стороны; и таково же мнение имама Шафии. Разногласие это не касается законности самого представительства, а только обязанности противной стороны отвечать представителю, на допущение которого она не изъявила согласия. Абу Ханифа того мнения, что она не обязана давать ответ, а оба ученика — иного мнения. Последние доказывают, что назначение представителя есть действие частного лица, касающееся исключительно его права, и потому не должно зависеть от согласия другого, как и в случае взыскания долга. С другой стороны, Абу Ханифа полагает, что на обязанности представляемого лежит давать ответ лично, и он должен явиться по требованию суда; но не все одинаково способны к ведению уголовного дела; посему, если бы можно было заменять себя независимо от воли противной стороны, то это представлялось бы для нее невыгодным. Отсюда следует, что назначение представителя должно быть поставлено в зависимость от ее согласия. Здесь то же самое отношение, как если бы один из совладельцев раба сделал его мукатабом, в каковом случае остальные совладельцы вправе по своему усмотрению утвердить договор китаба или нарушить его, ибо хотя действие первого совладельца касалось исключительно его собственности, но так как исполнение договора могло бы нарушить право других, то действительность его зависит от их согласия. То же самое и в рассматриваемом случае. Другое дело, если доверитель болен или отсутствует, ибо в этом случае назначение с его стороны представителя действительно и без согласия противной стороны, так как он не может быть принужден при таких условиях к явке.

Или когда он уже собрался в путь. Подобно тому, как Абу Ханифа считает действительным назначение представителя отсутствующим лицом, он также считает дозволенным назначение представителя лицом, готовым уже к отъезду.

Женщина может во всех случаях назначить судебного представителя. Женщина, не привыкшая к общественной жизни и к посещению заседания казия, должна (по Абу Бекру) назначить представителя для ведения ее дела, и противная сторона обязана согласиться на подобное назначение. Это учение принято нашими современными законоведами и им руководствуются при постановлении решений.

Для действительности представительства требуется правоспособность представляемого. Действительность представительства во всяком деле зависит от двух условий: во-первых, доверитель должен быть сам способен к совершению действий, на которые он уполномочивает другого (ибо ввиду того, что право представителя вытекает из права представляемого, необходимо, чтобы последний был сам правоспособен, прежде чем сообщить это право другому).

И здоровый ум у представителя. Во-вторых, чтобы представитель обладал здоровым умом настолько, чтобы быть способным понимать и исполнять те действия, на которые он уполномочен. Посему, если кто-либо назначает своим представителем дитя или слабоумного, то назначение это недействительно. Напротив, если свободное совершеннолетнее лицо, обладающее здоровым умом, назначает своим представителем

подобного себе¹, или привилегированный раб — такого же раба, то назначение действительно.

Раб-махджур² или несовершеннолетний (обладающий здоровым умом) могут быть представителями. Если кто-либо уполномочивает несовершеннолетнего, знающего толк в купле и продаже, или махджура, то полномочие в обоих случаях действительно. Однако права, истекающие из договора, принадлежат не им, а их доверителю. Причина действительности назначения заключается в том, что несовершеннолетний способен давать объяснения, а потому действия его, совершенные с согласия попечителя, считаются действительными; и раб дееспособен и свободен в своих действиях, когда таковые относятся к нему самому, но не к его господину; представительство за другого не относится к господину раба. Поэтому назначение несовершеннолетнего или раба действительно.

Но обязательства, в которые они вступают, связывают не их, а их доверителей. Ни один из таких представителей не способен, однако, исполнить обязательства, вытекающие из договора: несовершеннолетний — вследствие недостатка дееспособности, раб — вследствие столкновения с правами господина; посему исполнение договора остается за доверителем. Передают мнение Абу Юсуфа, что если несовершеннолетний или раб-махджур учинит продажу, а покупатель, не зная о их состоянии, впоследствии осведомится об этом, то от него зависит уничтожить договор, ибо, заключив сделку в том предположении, что они правоспособны к исполнению ее, и узнав затем противное, покупатель получает право уничтожить сделку.

Договоры, заключенные представителями, бывают или такими, которые представитель относит к самому себе. Договоры, заключаемые представителями, бывают двух родов. Во-первых, такие, которые представитель относит к самому себе и которые ни в чем не зависят от представляемого, как в случаях покупки или найма, относящихся к представителю, а не к представляемому. Имам Шафии утверждает, что вытекающие из договора купли права принадлежат представляемому, так как они — лишь принадлежность самой цели договора, а цель эта — установление права собственности — относится к представляемому; поэтому ему же должны принадлежать и все побочные права. Отсюда нет разницы между представителем при договоре купли и посланным им представителем при брачном договоре. Доводы наших ученых заключаются в том, что представитель есть договаривающаяся сторона как при заключении договора, так и при исполнении: при заключении — потому, что договор заключается на словах, а слово представителя относится к нему самому как к личности; при исполнении — потому, что в виду правоспособности самого представителя нет необходимости относить вытекающие из договора права к представляемому, между тем как если бы он был только посланным, то не был бы свободен от необходимости перенесения вытекающих из договора прав на представляемого. Но таково свойство представительства; и отсюда следует, что представитель рассматривается как глав-

¹ То есть обладающего одинаковыми качествами.

² Неправоспособный.

ное лицо в отношении вытекающих из договора прав, а потому Кудури в сочинении, носящем его имя, говорит: «Представитель при продаже передает проданную вещь, получает ее цену и подлежит ответственности за каждый недостаток предмета продажи», а с другой стороны: «Представитель при купле получает купленную вещь, уплачивает цену ее и может преследовать продавца за каждый недостаток купленного предмета», ибо все это считается правами, вытекающими из договора продажи. Независимо от сего представляемый является собственником купленной через посредство представителя вещи с самого начала; так же, как если бы раб принял дар, или поймал дичь, или собрал дрова, в каковых случаях хозяин становится собственником дара, дичи или дров с самого начала, то есть право собственности непосредственно возникает для него, а не передается ему рабом. Это учение о непосредственном приобретении представляемым права собственности одобряется почти всеми, в противоположность Кархи, который утверждает, что при купле право собственности первоначально приобретает представителем, а от него переходит к представляемому.

Или к своему доверителю. Во-вторых, такие, исполнение которых представитель относит к доверителю и в которых последний имеет непосредственный интерес, каковы брачный договор, хуля или вира за умышленное убийство, когда право возникает для представляемого, а не для представителя. Поэтому представитель мужа не вправе требовать приданого, а от представителя жены нельзя требовать выдачи приданого ее мужу, ибо в этих случаях представитель является лишь посланным и не освобождается от обязанности отнестись к исполнению договора на счет представляемого; если бы представитель при брачном договоре отнес исполнение его к самому себе, то он совершил бы свой брак, а не брак представляемого (отсюда необходимость рассматривать его как простого посланного). Объясняется это тем, что один из этих договоров по сущности своей не может быть первоначально исполнен представителем в качестве главного лица, поэтому он принужден отнестись к исполнению к самому представляемому, действуя лично в качестве посланного. Отпущение на волю за вознаграждение, договоры китабата и мировые сделки после отрицания принадлежат ко второму роду договоров. Что же касается мировых сделок после признания, то они принадлежат к первому классу, будучи по природе своей сходны с договором продажи. Представитель при выдаче дара либо пожертвования или при возвращении поклажи, будучи простым вестником, играет роль посланного. То же самое относится и до представителя при истребовании долга по займу или закладу, ибо последствие всех этих договоров (именно — право собственности) устанавливается путем получения во владение вещи, подаренной, пожертвованной и т.д., но так как вещь в этих случаях принадлежала представляемому и от него перешла к одаренному и др. вследствие предоставления владения, то представитель, будучи чужд вещи, не может быть рассматриваем как главный участник договора, а должен считаться лишь истолкователем или посланным. Иное дело при продаже, ибо продажа заключается на словах, а автором слов является представитель. Равным образом представитель противной стороны (одаренного и т.д.) является простым посланным. То же самое следует сказать о представителе в договоре товарищества, или музарабате.

Нельзя назначать представителя для получения занимаемых денег. Назначение представителя для получения денег займа недействительно, так что, если кто-либо в силу такого назначения получит деньги и примет их во владение, то он, а не представляемый, становится собственником их. Напротив, получение занятых денег посланным законно.

Долг, принятый по отношению к представителю, не может быть требуем его доверителем. Если доверитель, продав имущество через представителя, станет требовать уплаты цены имущества от покупателя, то последний вправе отказаться от платежа, так как по отношению к договору и вытекающим из него правам представляемый является посторонним лицом, ибо права из договора принадлежат участвующей в нем стороне.

Но если платеж учинен доверителю, то он действителен. Если, однако, покупатель уплатит цену имущества доверителю, то платеж законен, и представитель уже не вправе требовать от него таковой, ибо он уплатил деньги доверителю, которому они принадлежат по праву; но если представитель настаивает на своем требовании, то пусть покупатель возьмет деньги обратно от доверителя и отдаст их представителю, а этот последний передаст их доверителю — способ, от которого, очевидно, не выигрывает ни одна сторона.

Должник вправе из уплачиваемых денег вычесть деньги, должны ему доверителем. Следует заметить, что так как право принадлежит доверителю, то покупатель может, если доверитель должен ему, вычесть долг из цены купленного имущества. Если, однако, и доверитель, и представитель должны ему, то он вправе вычесть только долг первого.

Или представителем (если он один ему должен). Если, с другой стороны, один представитель должен ему, то он волен (согласно Абу Ханифе и имаму Мухаммаду) вычесть долг из цены вещи, ибо представитель (по их мнению) может, если угодно, совершенно освободить покупателя от платежа. Однако в обоих случаях (то есть вычитет ли покупатель долг представителя или представитель освободит его совершенно от платежа) представитель отвечает за цену вещи перед доверителем.

Глава II

О ПРЕДСТАВИТЕЛЬСТВЕ ПРИ КУПЛЕ И ПРОДАЖЕ

Раздел I. О представительстве при купле

Представитель должен быть надлежащим образом осведомлен о том, что ему надлежит купить. Когда одно лицо назначает другое своим представителем при покупке какого-либо предмета, то необходимо, чтобы он указал род и качество его или род и цену его, чтобы представитель знал природу сделки, на которую он уполномочен и, таким образом, был в состоянии совершить ее.

За исключением того случая, когда он уполномочен общей доверенностью. Если, однако, одно лицо назначает другое своим неограниченным представителем, говоря ему: «Покупай для меня, что сочтешь нужным», то в этом случае указание рода и т.д. не требуется, ибо доверитель возлагает на представителя заботу о его интересах, полагаясь на его, представителя, усмотрение; и что бы он затем ни купил, считается купленным согласно воле доверителя. На самом деле, некоторая неопределенность в объеме представительства (например, неопределенность в качестве) не имеет значения ввиду благоприятного толкования закона, ибо представительство основано на свободных принципах, а перечисление качеств могло бы стеснить таковые.

Представительство недействительно, когда слова, которыми оно выражено, оставляют большой простор неопределенности в отношении предмета его. Если доверитель, назначая представителя, употребит слово, применимое к множеству предметов общего рода, например, животное, или слово, которым выражается несколько различных понятий, например, дар¹, то в этом случае назначение представителя недействительно, хотя бы доверитель назвал цену, ибо предметы разного рода могут быть куплены за одну и ту же цену, и неизвестно, какого именно рода предмет доверитель желает приобрести. Посему в данном случае ввиду значительной степени неопределенности представительство не может иметь места. Равным образом, если употребленное слово применимо к нескольким видам, представительство недействительно, если доверитель не указывает цены или не определяет вида, хотя бы без ближайшего указания качества. Если, однако, он указывает цену или определяет качество, то представительство действительно, так как указание цены ведет к определению вида, а упоминание вида оставляет только неопределенность качества, что считается настолько незначительной неопределенностью, что не препятствует действительности представительства. Таким образом, если кто-либо назначает другого своим представителем при покупке «раба, мужского или женского пола», то представительство недействительно, так как упомянутое выражение применимо к целой массе видов. Если, однако, он назовет отдельные виды (например, турка, абиссинца, индеец или смешанного происхождения), то назначение действительно. Равным образом назначение действительно, когда указана только цена, ибо в этом случае (как выше объяснено) остается лишь незначительная степень неопределенности. В «Джами-ус-Сагире» говорится, что если кто-либо желает, чтобы другой купил для него одежду, животное² или дом, то представительство недействительно вследствие большой неопределенности, так как, например, слово «даба» означает всякое животное, движущееся на поверхности земли, хотя в обыкновенном смысле оно означает лошадь, осла или мула; равным образом одежда есть родовое понятие, применимое к множеству видов, начиная с самых дорогих шелковых тканей и кончая самыми грубыми бумажными. Слово «дом» применяется к постройкам, по виду своему значительно отличающимся друг от друга вследствие разных причин, как-то: соседства, количе-

¹ Это слово означает дом, столб и имеет много других значений.

² Арабское «даба».

ства прав и привилегий, положения в известных улицах и городах. Поэтому ввиду большой неопределенности предмета представительства такое недействительно.

Разве в дальнейшем последует разъяснение. Но оно становится действительным в случае последующего указания цены дома или вида одежды или животного.

Полномочие на покупку таама (пищи) ограничивается правом покупки пшеницы или муки. Если одно лицо даст другому сто дарагимов и скажет ему: «Купи мне на эти дарагимы пищу», то по благоприятному толкованию в этом случае под пищей понимается пшеница или пшеничная мука. По аналогии следовало бы подразумевать всякого рода пищу согласно действительному значению слова. Причина более благоприятного толкования в этом случае заключается в том, что слово «таам» (пища), когда оно употребляется при сделках купли-продажи, означает (по общему обычаю) пшеницу или пшеничную муку; а так как по аналогии должен быть предпочтен общий обычай, то закон во всех случаях купли-продажи придает слову «таам» значение пшеницы или пшеничной муки. Некоторые утверждали, что если доверитель дает значительное количество дарагимов (например, десять), то слово «пища» означает пшеницу; если же он дает их немного (например, три), то оно означает хлеб из пшеницы; а если среднее количество (например, семь), то пшеничную муку.

Представитель может возратить продавцу купленную вещь ввиду недостатка ее. Если представитель после покупки откроет недостаток в купленной вещи, то он вправе возратить ее продавцу, так как отказ от предмета покупки ввиду недостатка его составляет одно из прав договора купли, а представитель, будучи договаривающейся стороной, обладает всеми правами, вытекающими из договора.

Но не после передачи ее своему доверителю. Это право существует, однако, лишь до тех пор, пока представитель не передал имущества доверителю, так как после сего он может возратить такое продавцу только с разрешения доверителя ввиду того, что после передачи купленной вещи доверителю представительство прекращается, а также потому, что если бы представитель и тогда вправе был возратить вещь продавцу, то владение, приобретенное доверителем для себя, могло бы быть уничтожено.

Право преимущественной покупки может быть противопоставлено представителю до передачи вещи представляемому, но не после ее. (Нужно заметить, что так как до передачи имущества представляемому все права, вытекающие из договора, принадлежат представителю и прекращаются для него после передачи, то отсюда следует, что если кто-либо отыскивает принадлежащее ему право шифат¹ на купленный представителем дом, то он имеет право иска к представителю до передачи дома представляемому, но после передачи иск не может быть предъявлен представителю.)

Представительство в договоре сарф или саям действительно. Если кто-либо избирает представителя для совершения договора сарф или саям, то избрание это действительно, ибо представляемый, будучи сам вправе совершать эти договоры, может (ввиду вышеизложенных оснований) уполномочивать на совершение их за свой счет

¹ Одно из прав соседства: принадлежащее соседу право преимущественной покупки.

других лиц. Следует, однако, заметить, что упомянутый здесь салям (или кредит) относится только к покупке, а не к продаже, ибо если бы этого рода продажа могла производиться через представителя, то отсюда следовало бы, что сам представитель становится ответственным чем-либо за цену вещи, им не полученную. Равным образом следует заметить, что если в одном из этих случаев (то есть в случае договора салям или сарф) представитель (являющийся покупщиком) разойдется с продавцом до передачи имущества (в случае салям) или до обоюдной передачи предметов мены (в случае сарф), то договор становится недействительным, ибо представитель есть сторона в договоре, а потому разъединение его с другой стороной до передачи имущества составляет причину недействительности обоих договоров (в противоположность тому случаю, когда представляемый разойдется с продавцом до передачи имущества: не будучи сам стороной, он не может своею отлучкой лишить договор силы). Поэтому, так как представитель есть сторона в договоре, то отсюда следует, что принятие им или передача имущества имеют силу, хотя право по договору не может принадлежать ему (как и несовершеннолетнему или ограниченному в правах рабу). Иное должно сказать по отношению к посланному в договоре салям или сарф: владение его недействительно, так как обязанности его относятся к договору, а не к владению, ибо посланный передает лишь слова пославшего его другому лицу, а владение вовсе не состоит в связи со словами. Кроме того, речь, переданная посланным, относится непосредственно к поручителю, поэтому посланный не составляет сторону в договоре, и владение его, будучи владением постороннего лица, недействительно.

Представитель, заплативший за имущество собственные деньги, вправе требовать таковые от доверителя. Если представитель по покупке из собственных денег уплачивает цену имущества и получает таковое во владение, то он вправе требовать от своего доверителя возврата уплаченного по двум основаниям. Во-первых, он является продавцом, а доверитель — покупателем, ибо между ними имеет место действительная мена; и если между ними произойдет разногласие относительно цены, то обоим предоставляется дать присягу как во всех случаях мены имущества на имущество; доверитель может также вернуть купленную вещь представителю ввиду недостатков ее. Посему, если купленная вещь надлежащим образом передана представляемому его представителем, то последний вправе получить от первого цену, которую сам уплатил. Во-вторых, так как договорные права принадлежат представителю и так как доверителю это известно, то отсюда следует, что он дает свое согласие на уплату представителем цены имущества из собственных денег. Посему, если имущество погибнет в руках представителя, который не обеспечил своего требования к представляемому этим имуществом, то убыток несет представляемый; и последний отвечает перед представителем за цену его, ибо владение представителя, доколе он не обеспечит своего требования к представляемому купленным имуществом, равносильно владению самого представляемого, почему последний рассматривается как действительный владелец имущества в момент его гибели.

Представитель вправе удерживать купленную вещь до тех пор, пока доверитель не уплатит цены ее. Представитель вправе удержать все, что он купил за счет доверите-

ля, пока последний не уплатит стоимость купленного согласно вышеупомянутому положению, что представитель является продавцом, а представляемый — покупателем. Имам Зуфар утверждает, что представитель не вправе удерживать купленного, так как доверитель уже вступил во владение таковым, ибо вступление во владение представителя равносильно вступлению во владение представляемого, а потому дело представляется таким, как будто представитель действительно передал владение представляемому; ввиду этого право представителя на обеспечение (требования платежа цены купленного имущества) прекращается, как и в случае действительной передачи имущества. С другой стороны, наши ученые рассуждают, что передача имущества представляемому (согласно принципу, по которому владение представителя равносильно владению представляемого) есть дело необходимости, но не заключает в себе отказ представителя от принадлежащего ему права обеспечения. Сверх того, владение представителя не есть действительное владение представляемого, владение которого скорее находится в выжидательном положении. Поэтому, если представитель не удерживает купленного имущества, то владение его равносильно владению представляемого; если же удержит, то владение его будет уже на свое имя.

Но если купленная вещь погибнет в руках представителя во время такого удержания, то он ответствен за нее. Если в описанном случае представитель удержит купленную для доверителя вещь и она погибнет в его руках, то он ответствен, согласно Абу Юсуфу, как за заложенную вещь¹. По мнению имама Мухаммада, он ответствен в такой же мере, как продавец за утрату и повреждение проданной и не сданной вещи, в каковом случае ответственность ограничивается продажной ценой, а не действительной стоимостью вещи, то есть покупатель освобождается от обязанности уплаты цены вещи. Таково же учение Абу Ханифы. Имам Зуфар, напротив, полагает, что ответственность такова же, как в случаях завладения², так как удержание было без всякого права. Абу Ханифа и имам Мухаммад доказывают, что представитель по отношению к представляемому является продавцом вещи и удерживает таковую для того, чтобы получить уплату за нее; следовательно, с повреждением или разрушением вещи в руках представителя представляемый освобождается от платежа цены ее. Рассуждения Абу Юсуфа заключаются в том, что купленная вещь в руках представителя сначала не была предметом ответственности, а стала таковым вследствие удержания для обеспечения платежа цены ее, и в том же заключается свойство залога, в противоположность купле, так как за проданную вещь продавец отвечает с самого начала, а не вследствие удержания ее с целью получения продажной цены. Сверх того, договор продажи прекращается вследствие уничтожения предмета его, но в рассматриваемом случае первоначальный договор между представителем и продавцом не уничтожается. Однако Абу Ханифа и имам Мухаммад утверждают, что хотя первоначальный договор купли не уничтожается, но договор, существующий

¹ То есть не по оценке, а по действительной стоимости вещи.

² То есть в мере полной стоимости.

между представителем и доверителем, прекращается таким же образом, как если доверитель возвратил представителю вещь, открыв недостатки ее.

Случай покупки представителем, согласно доверенности, большего количества предметов, чем установлено в доверенности. Если кто-либо назначает другого представителем для покупки десяти ратлей мяса за один дирхам, а представитель купит двадцать ратлей за ту же цену и именно того сорта мяса, которое продается в количестве десяти ратлей за дирхам, то доверитель (согласно Абу Ханифе) обязан принять только десять ратлей за полдиргама. Оба ученика утверждают, что он обязан принять двадцать ратлей за один дирхам. В некоторых списках «Кудури» сказано, что мнение имама Мухаммада совпадает с мнением Абу Ханифы и что этому не противоречит его учение в «Мабсуте», ибо там сказано лишь, что «представляемый должен взять десять ратлей за полдиргама». Доказательства Абу Юсуфа заключаются в том, что доверитель приказал представителю израсходовать его дирхам на покупку мяса, предполагая, что десять ратлей стоят один дирхам; поэтому, если представитель купил двадцать ратлей за дирхам, то ввиду того, что он купил их за счет доверителя, последний вправе получить все купленное таким же образом, как если кто-либо уполномоченный от другого продать своего раба за тысячу дарагимов, а представитель получит две тысячи; в данном случае вся полученная сумма принадлежит доверителю. Абу Ханифа доказывает, что доверитель положительно приказал купить десять ратлей, а потому следует признать, что излишек был куплен представителем за свой счет и что, следовательно, за этот излишек он обязан и платить, в противоположность тому случаю, когда представитель, уполномоченный на продажу раба за тысячу дарагимов, продает его за две тысячи, ибо в этом случае излишек получается взамен собственности представляемого, а потому принадлежит ему. Если, однако, представитель купил за один дирхам двадцать ратлей мяса того сорта, который продается по двадцать ратлей за дирхам, то покупка (по мнению всех наших ученых) сделана представителем за свой счет, ибо доверитель, очевидно, желал приобрести жирное мясо, а таковое в данном случае не приобретено.

Представитель не вправе приобрести для себя определенный предмет, на приобретение которого он уполномочен доверителем. Если одно лицо назначает другим представителем для покупки какого-нибудь определенного предмета, то представитель вправе купить тот предмет для себя, ибо это было бы нарушением доверия, оказанного ему доверителем, а также потому, что это есть отказ от представительства, каковой (по мнению некоторых) может последовать только в присутствии доверителя.

Разве в обмен на вещь он даст нечто отличное от определенной доверителем цены. Если бы, однако, доверитель указал цену предмета, а представитель купил таковой в обмен иного рода предметы, отличные от указанной доверителем цены, и если бы при неуказании последним цены представитель приобрел вещь не за дарагимы, а за нечто измеряемое по весу и объему.

Или через посредство другого представителя. Или, наконец, если бы представитель назначил другого представителя и этот последний купил вещь в отсутствие первого представителя, то во всех этих случаях покупка считается совершенной за счет самого представителя, а не доверителя, ввиду отступления от приказаний после-

него. Если, с другой стороны, второй представитель заключит сделку в присутствии первого, то она считается совершенной за счет доверителя, так как знание о ней первого представителя представляется (ввиду его присутствия) несомненным, а потому здесь нет отступления от приказаний его доверителя.

Случай представительства при покупке неопределенного раба. Если одно лицо назначает другого представителем при покупке какого-либо раба и представитель согласно сему купит его, то раб принадлежит самому представителю¹, если он не заявит: «Я имел намерение купить для своего доверителя», или если он не покупает на средства доверителя. Автор «Хидои» замечает, что этот случай может встречаться в различных видах.

Случай этот бывает в четырех видах. Во-первых, когда представитель заключает договор на деньги доверителя, например, если он говорит: «Этими тысячами дарагимов (принадлежащими доверителю) я купил этого раба», в каковом случае раб принадлежит доверителю. (Это тот самый случай, который имелся в виду при употребленном выше выражении «или если он не покупает на средства доверителя», ибо это не означает, «что он раньше должен произвести покупку за тысячу дарагимов вообще, а затем уплатить их из имущества доверителя»). Во-вторых, когда представитель заявляет, что заключает договор на собственные деньги, в каковом случае раб, очевидно, принадлежит самому представителю, так как он заключил договор на собственные деньги. В-третьих, когда представитель заключает договор вообще на деньги, в каковом случае покупка сделана или для него самого, или для доверителя его, смотря по намерению представителя во время покупки, ибо представитель в рассматриваемом случае свободен купить для себя или для представляемого. Посему, если между представителем и представляемым возникает разногласие (когда представитель уверяет, что он намеревался купить для себя, а представляемый заявляет, что он намеревался купить для него, представляемого), то уплата цены решает дело, то есть раб присуждается тому, из чьего имущества уплачена цена его. Если, с другой стороны, обе стороны признают, что при покупке раба не было установившегося намерения, то имам Мухаммад присуждает раба представителю ввиду того, что он является договаривающейся стороной, а также в том предположении, что каждый действует за себя, доколе не доказано противное, чего в данном случае нет. Абу Юсуф того мнения, что платеж цены купленного имущества должен определить право собственности на него, ибо платеж этот служит мерилom действий представителя, которые иначе допускают два предположения, а также потому, что если бы считать покупку произведенной за счет представителя, несмотря на то, что он уплатил за нее из имущества доверителя, то он являлся бы незаконным и недобросовестным владельцем. Однако это заключение Абу Юсуфа (именно, что представитель при таких условиях являлся бы недобросовестным владельцем) не вытекает из предшествующего: напротив, на него нельзя смотреть иначе, как в том случае, когда между сторонами возникает разногласие относительно намерения при покупке, каковой случай

¹ То есть предполагается, что представитель сделал покупку за свой счет и, следовательно, обязан уплатить цену раба из своих денег.

нами уже рассмотрен. Следует заметить, что все приведенные здесь случаи равным образом применимы к представительству при совершении договора салам.

Случай спора между представителем и представляемым относительно раба, который, будучи куплен представителем, умрет в его руках. Если одно лицо уполномочит другое купить для него раба за тысячу дарагимов и представитель затем уведомит доверителя, что «он, согласно поручению, купил для него раба за тысячу дарагимов, но что раб умер, находясь в его, представителя, владении», а с другой стороны, доверитель утверждает, что «он купил упомянутого раба для себя, а не для него», то в этом случае дается вера заявлению представляемого, подкрепленному присягой. Это, однако, относится к тому случаю, когда представляемый предварительно не передал представителю означенной тысячи дарагимов, так как если бы он передал их, то следовало бы верить заявлению представителя, потому что в первом случае представитель уведомляет о заключении сделки, которую он уже не в состоянии исполнить (он не может купить умершего раба), и цель его — получить тысячу дарагимов от представляемого, который, со своей стороны, отрицает его право; а объяснению ответчика следует верить предпочтительно перед объяснением истца. Во втором случае представитель есть доверенное лицо, имеющее в своих руках цену имущества в виде поклажи, а так как цель его — освободиться от обязанностей по поклаже, то заявлению его дается вера. Если, однако, во время разногласия раб в действительности был жив, то дается вера заявлению представителя (согласно Абу Ханифе и имаму Мухаммаду), передал ли доверитель деньги или нет, так как представитель уведомляет о заключении договора, который он в то время может привести в исполнение (ибо в его власти купить живого раба), поэтому уведомление его не представляется сомнительным. И действительно, согласно Абу Ханифе, если доверитель не передал денег, то заявлению его следует верить, так как возможно, что представитель первоначально купил раба за свой счет, а затем (заметив недостатки) стал утверждать, что купил его для доверителя. Иное дело, когда он уже получил покупную цену, ибо тогда он считается хранителем ее, и заявлению его верят, так как оно имеет целью освобождение от обязанностей по поклаже; в другом же случае его нельзя считать хранителем, так как покупная цена не находится в его владении.

В случае спора между представителем и представляемым относительно покупки определенного раба следует верить заявлению представителя. Если кто-либо поручит своему представителю купить для него определенного раба, а затем при жизни раба между ними возникнет разногласие, причем доверитель станет утверждать, что представитель купил его для себя, а представитель заявит, что купил для доверителя, то в этом случае следует придавать веру заявлению представителя, независимо от того, передал доверитель деньги или нет, так как представитель уведомляет о заключении договора, который он в то время может привести в исполнение, а также потому, что заявление его не представляется сомнительным, ибо представитель при покупке определенного предмета не может купить этой вещи для самого себя в отсутствие доверителя по причинам, уже изложенным, в противоположность случаю покупки неопределенной вещи (согласно упомянутому выше учению Абу Ханифы).

Представитель, признавший факт поручения, не может затем отречься, если указанный им доверитель не отрицает факта поручения. Если одно лицо говорит другому: «Продай мне этого раба за счет Омара, моего доверителя» и раб согласно сему будет продан, а затем представитель станет отрицать, что он был уполномочен Омаром на покупку, Омар же заявит, что он действительно поручил указанному представителю купить для него упомянутого раба, то в этом случае Омар вправе получить раба, так как сам представитель признал факт поручения, а отрицание после признания не имеет силы. Если, с другой стороны, Омар станет отрицать уполномочие на покупку, то он не вправе взять раба, так как признание представителя устраняется отрицанием доверителя. Но если при таких обстоятельствах покупатель передаст раба Омару, то возникает договор продажи, за который ответствен первоначальный покупатель ввиду того, что Омар купил раба у него в виде таата, то есть путем двойной передачи, как если бы одно лицо купило вещь для другого без его поручения, а потом передало ему эту вещь. В этом случае передача купленной вещи достаточна для установления продажи в виде таата, или путем обоюдной передачи, хотя бы даже передача и получение цены вещи не имели места; кроме того, продажа путем таата вещи большой или малой стоимости совершается по обоюдному согласию сторон. Таково общепринятое учение о продажах этого рода.

Представитель вправе по своему выбору купить только одного из двух определенных рабов. Если одно лицо поручает другому купить для него двух определенных рабов, не указывая цены их, а представитель купит одного из них, то купля действительна, ибо назначение представителя действительно и не обязывает его к покупке обоих рабов по одному договору, что часто невозможно, ибо собственник их может отказаться включить обоих в один договор. Поэтому представитель вправе купить и одного из рабов, если он действует добросовестно, так как уполномочен лишь на добросовестную покупку. Учение о сем предмете общепринято.

Если одно лицо поручит другому купить для него двух определенных рабов без обозначения цены и представитель купит одного из них, то купля действительна, так как полномочие представителя в этом случае есть общее (другими словами, не обязывает его купить обоих рабов по одному договору); и весьма редко встречается, что два раба покупаются по одному договору.

Если только покупка не соединена с очевидною невыгодою. Поэтому представитель вправе купить одного из двух (если только такая покупка не представляется очевидно невыгодной, что было бы несогласно с целью представительства).

И цена не превышает указанного размера, причем, однако, допускается незначительное отступление. Если одно лицо поручает другому купить для него двух определенных рабов (одинаковой цены) за тысячу дарагимов и представитель купит одного из этих рабов за пятьсот дарагимов или дешевле, то он поступает по праву, согласно Абу Ханифе. Если, однако, он купит его дороже пятисот дарагимов, то договор необязателен для доверителя. Причина та, что доверитель, назначив тысячу дарагимов на покупку двух рабов одинаковой цены, желал, следовательно, чтобы представитель заплатил по пятьсот дарагимов за каждого. Поэтому, платя пятьсот дарагимов, представитель в точности сообразуется с волей своего доверителя; и хотя плата дешевле,

он отступает от его приказания, но так как это отступление выгодно для доверителя, то договор для него обязателен. С другой стороны, покупая раба дороже пятисот дарагимов, каков бы ни был излишек, он виновен в отступлении от приказания доверителя, невыгодном для последнего и, следовательно, недозволенном, если только представитель не купит второго раба за остальную, до тысячи дарагимов, сумму до возникновения между ним и его доверителем спора по поводу первой покупки. Все изложенное здесь основано на благоприятном толковании закона. По аналогии же следовало бы, чтобы договор в этом случае не был обязателен для доверителя ввиду отступления от его приказаний. Причина более благоприятного толкования заключается в том, что покупка двух рабов за тысячу дарагимов (что составляет намерение доверителя) достигнута и что означение цены каждого пятьюстами дарагимов лишь предположительное, основанное на умозаключении; но положительное намерение всегда имеет преимущество перед предположительным. Оба ученика утверждают, что если в рассматриваемом случае представитель купил одного из рабов дороже пятисот дарагимов на незначительную сумму (чего не всегда можно избежать) и остающаяся сумма достаточна для покупки другого раба, то договор обязателен, так как представительство не ограничено (то есть представитель не обязан платить по пятисот дарагимов за каждого раба), хотя он (представитель) обязан заключить добросовестный договор, каковым и может считаться заключенный им договор, ибо невыгодность его незначительна и не вредна. Однако положительно необходимо, чтобы остающаяся сумма была достаточна для покупки другого раба, для того чтобы намерения доверителя (покупка обоих рабов за тысячу дарагимов) осуществились.

Представитель может погасить свой долг доверителю покупкой определенного предмета. Если одно лицо поручает другому, которое должно ему тысячу дарагимов, купить на них определенного раба и представитель сделает это, то действие его законно, потому что указание предмета продажи равносильно указанию продавца, а так как указание продавца представлялось бы законным (по причинам, которые будут изложены ниже), то законным является и указание предмета.

Но если предмет — неопределенный и погибнет после покупки в руках представителя, то долг не считается погашенным. Если одно лицо поручит другому, состоящему его должником на тысячу дарагимов, купить на них какого-либо раба и представитель купит его, а раб умрет до передачи его доверителю, то он считается собственностью представителя. Если, с другой стороны, он умрет после передачи доверителю, то считается собственностью последнего. Таково учение Абу Ханифы. Оба ученика утверждают, что право собственности доверителя возникает в момент приобретения представителем владения рабом. Подобное же разногласие существует относительно того случая, когда кредитор уполномочивает своего должника сделать на должные деньги покупку в виде саляма или сарфа. Доводы обоих учеников состоят в том, что дарагимы или динары, будь то наличные деньги или долг, не составляют определенного предмета, даваемого в обмен на другую вещь (вследствие чего договор не теряет силы, если кто-либо продаст определенный и существующий предмет за долг и обе стороны согласятся, что покупатель ничего не должен продавцу); посему нет разницы, опреде-

лены они или нет¹, следовательно, договор представителя обязателен для доверителя, так как владение первого равносильно владению последнего. Абу Ханифа доказывает, что дарагимы и динары допускают более точную спецификацию в договоре представительства (вследствие чего, если одно лицо ограничивает своего представителя правом покупки чего-либо на определенную тысячу дарагимов или определенный долг и дарагимы эти будут утрачены представителем или долг прекратится, то представительство также прекращается). Если же это так, то отсюда следует, что при представительстве по покупке раба или по совершению договора салам долг передается одному лицу другим, которое не состоит его должником, без назначения его представителем по владению означенных долгов, что представляется незаконным; точно так же, как если бы одно лицо приобрело вещь в обмен на долг другого лица, а не продавца (например, если бы он сказал продавцу: «Я купил у тебя эту вещь в обмен на долг мне такого-то лица, каковой долг ты можешь получить вместо цены вещи»), в каковом случае продажа была бы недействительна так же, как и в рассматриваемом случае. С другой стороны, при назначении представителя для совершения договора сарф следует заключить, что доверитель, не вступив во владение, распоряжается такой вещью, собственником которой он становится только после вступления во владение (так как он становится хозяином долга, только получив таковой), и пользование такою вещью при продаже в виде сарфа до получения ее во владение так же недействительно, как если бы кто-либо сказал: «Дай то, что ты мне должен, кому хочешь». Другое дело, если доверитель указывает продавца, ибо тогда продавец является его представителем при получении долга и, следовательно, вступает во владение долгом в силу представительства и затем становится собственником его. Иное дело также, когда кредитор поручает должнику раздать должную им сумму на благотворительные дела, так как здесь кредитор отдает свое имущество Богу, существу известному и определенному. Следует заметить, что так как во всех этих случаях представительство (по Абу Ханифе) недействительно, то покупка имеет силу и обязательна для представителя, являющегося действительным покупщиком. Поэтому, если предмет продажи будет поврежден или погибнет в его руках, то он должен нести убытки, если только доверитель раньше не вступит во владение им, ибо в этом случае предмет продажи становится его собственностью.

Если представитель и представляемый не согласны между собой относительно покупки, то следует рассудить их сообразно стоимости купленного. Если одно лицо даст другому тысячу дарагимов и поручит ему купить на них рабу и представитель согласно сему купит ее, а затем стороны заспорят, причем доверитель станет утверждать, что представитель купил рабу за пятьсот дарагимов, а представитель заявит, что заплатил за нее тысячу дарагимов, то следует верить заявлению представителя, если только раба будет оценена в тысячу дарагимов, ибо ввиду того, что, по его словам, цена рабы тысяча дарагимов, каковой суммы он является хранителем, он требует освобождения его от обязанностей по хранению; между тем как, с другой стороны, доверитель требует от него вознаграждения, платить каковое представитель не

¹ То есть все равно, заявит представитель при покупке, что «тысяча дарагимов, которую он уплачивает за раба, та же самая, которую он должен доверителю», или не заявит.

признает себя обязанным. Если, однако, раба будет оценена только в пятьсот дарагимов, то следует дать веру заявлению доверителя, так как представитель отступил от полномочия, купив рабу за пятьсот дарагимов, в то время как доверитель желал приобрести рабу в тысячу дарагимов; и потому он подлежит ответственности. Предположим (с другой стороны), что при наличии всех других обстоятельств, упомянутых выше, доверитель не передал представителю тысячу дарагимов. И в этом случае, если стоимость рабы пятьсот дарагимов, следует дать веру заявлению представляемого ввиду отступления представителя от полномочия; если же стоимость рабы тысяча дарагимов, то от обеих сторон требуется присяга (ибо таков закон при споре о цене в договоре продажи, а здесь доверитель и представитель находятся именно в отношениях «покупщик к продавцу»), после чего договор продажи (предполагаемый между представителем и доверителем) расторгается, а право собственности на рабу предоставляется представителю.

Или согласно заявлению продавца. Если одно лицо поручит другому купить для него определенного раба, не указывая цены, и представитель купит упомянутого раба, а затем между сторонами возникнет несогласие относительно цены (причем представитель будет утверждать, что он заплатил тысячу дарагимов, а доверитель — что заплачено только пятьсот дарагимов), то в этом случае, если продавец подтвердит заявление представителя, заявлению этому, подкрепленному присягой, следует дать веру. Некоторые утверждают, что присяги не требуется, так как сомнение, возникшее вследствие разногласия, устранено подтверждением продавца, в противоположность предыдущему случаю, где продавец предполагается отсутствующим. Другие, напротив, утверждают, что и в этом случае необходима присяга. Имам Мухаммад полагает, что так как продавец по получении цены является лицом посторонним по отношению к представителю и доверителю, а по отношению к последнему — даже и до получения цены купленного, то его заявление не может иметь значения при разрешении разногласия между представляемым и представителем, а потому необходима присяга. Таково же мнение Абу Мансура, и учение это является преобладающим.

Раздел II. О назначении представителей рабами для покупки их личности за их же счет¹

Раб может назначить представителя для покупки своей свободы и господина. Если раб скажет кому-либо: «Купи меня за мой счет у моего господина за тысячу дарагимов»² (передавая ему в то же время эту сумму) и лицо это согласно поручению купит раба за его счет у его господина, то он получает свободу, а право виля остается при господине, так как продажа личности раба самому же рабу понимается здесь в переносном смысле (то есть в смысле освобождения раба), ибо прямое толкование (в смысле мены имущества на имущество) здесь неприменимо. Сверх того, покупка рабом собственной своей личности на деле представляется согласием его принять

¹ То есть с целью освобождения.

² Другими словами — «купи мою свободу за тысячу дарагимов».

свою свободу в обмен на имущество, и представитель является простым посланным, так как ни одно из прав, вытекающих из договора, не принадлежит ему. Здесь, следовательно, тот же случай, как если бы раб купил собственную личность; а так как продажа раба в действительности есть освобождение его хозяином, то последнему принадлежит право виля. Если, однако, представитель не скажет и не объявит господину, что он купил раба за его собственный счет, а напротив, просто скажет: «Я купил такого-то из твоих рабов», то раб становится собственностью покупателя, так как эти слова, в буквальном их смысле, употребляются при обмене собственности на собственность, что в данном случае применимо, а потому и предполагается, в противоположность первому случаю, где ввиду неприменимости буквального смысла было принято толкование в переносном смысле, а так как здесь применяется буквальный смысл (а именно — обмен имущества на имущество), то покупатель становится собственником раба, а тысяча дарагимов, данные рабом для покупки его же самого, принадлежат господину как приобретенные его рабом; покупатель же должен заплатить за раба другую тысячу дарагимов. Словом, в рассматриваемом случае необходимо, чтобы представитель подробно объяснил обстоятельства дела, то есть чтобы он особо упомянул о том, что покупка раба «произведена за его счет», ибо иначе покупка приписывается ему, а не рабу. Иначе бывает в том случае, когда свободное лицо покупает в качестве представителя определенного раба, ибо здесь нет необходимости упоминать, за чей счет производится покупка, так как договор продажи возникает независимо от такого упоминания, и независимо от того продавец требует уплаты цены от представителя, являющегося стороной в договоре. Напротив, в рассматриваемом случае упоминание существенно, ибо если оно не сделано, то акт является договором продажи; если сделано — отпущением на волю с сохранением права виля, в каковом случае от представителя не требуется уплата цены, несмотря на то, что он — договаривающаяся сторона. Кроме того, возможно, что господин не склонен отпустить раба на волю, но согласен лишь на продажу его, в каковом случае вышеуказанное упоминание также необходимо.

Раб может действовать в качестве поверенного другого лица при покупке своей собственной свободы. Если кто-либо говорит рабу: «Купи свою личность за мой счет у твоего господина», а раб скажет своему господину: «Продай меня за счет такого-то лица за столько-то дарагимов» и господин согласится на это, то раб становится собственностью доверителя, потому что раб может являться представителем при покупке самого себя, так как по отношению к праву собственности, заключающемуся в его личности, он является как бы посторонним лицом. Далее, так как он есть предмет права собственности, то заключенный относительно него договор продажи действителен, хотя продавец (ввиду того, что предмет собственности находится в руках самого раба) не вправе удержать его после продажи в обеспечение уплаты цены. С другой стороны, так как раб имеет право являться в качестве представителя, то отсюда следует, что если он в рассматриваемом случае отнесет договор к доверителю, то таковой возникает для сего последнего как соответствующий его приказаниям; но если вместо того, чтобы приписать договор доверителю, раб отнесет его к самому

себе, то он становится свободным, ибо договор в этом случае имеет значение отпущения на волю с согласия господина.

Возражение. В данном случае раб является представителем при покупке определенной вещи, но такой представитель не вправе купить ее для себя.

Ответ. Хотя раб является представителем при покупке определенной вещи, но в действительности он совершает акт, по природе своей отличающийся от покупки¹, а потому он может совершить его за свой счет.

Раздел III. О представительстве при продаже

Представитель при продаже не может продать своему отцу или деду. Представитель при покупке или продаже не вправе, согласно Абу Ханифе, вступать в договор купли или продажи с лицом, показание которого в его (представителя) пользу не могло бы быть допущено, например, с отцом или дедам. Оба ученика утверждают, что если представитель продаст вещь одному из лиц, состоящих с ним в таких отношениях (за исключением его раба или мукатаба), за эквивалент стоимости предмета продажи, то продажа эта законна, так как представительство не ограничено и представитель не возбуждает подозрения вследствие такой продажи: указанные родственники обладают собственным имуществом, отдельным от имущества представителя, и ни одна из сторон не вправе обогащаться на счет другой. Иное дело, если представитель продаст вещь собственному рабу, ибо в действительности это равносильно продаже самому себе, так как все, чем владеет раб, составляет собственность господина, права которого простираются и на приобретенное его мукатабом, которое фактически становится его собственностью при несостоятельности мукатаба к платежу выкупа. Доводы Абу Ханифы в этом отношении двойного рода. Во-первых, всякая сомнительная сделка должна быть исключена из представительства, а договор продажи, заключенный представителем с упомянутыми лицами, возбуждает сомнение, так как лица эти устраняются от дачи показания в его пользу. Во-вторых, между представителем и такими родственниками² существует взаимное право пользования и выгоды, так как каждый из них вправе воспользоваться выгодой в имуществе другого. Поэтому продажа им вещи является как бы продажей самому себе. Подобное же разногласие существует относительно договоров сарфа или найма, заключаемых при тождественных обстоятельствах.

Он вправе продать порученную ему для продажи вещь по какой угодно цене и вообще за какой угодно эквивалент. Кто назначен представителем при продаже какой-либо вещи, вправе (согласно Абу Ханифе) продать ее за большую или малую цену, и не только за деньги, но в обмен на другую вещь. Оба ученика утверждают, что он не вправе продать вещь с большим ущербом или в обмен на другую вещь, а не на деньги, по следующим причинам. Во-первых, представительство, хотя и не ограничено, обусловлено, однако, обыкновенными обычаями людей. Так как все сделки (напри-

¹ Именно — эмансипацию.

² Именно — отцом и дедам.

мер, покупка и продажа) имеют целью удовлетворить потребность, то они и ограничены мерой этой потребности (отсюда представительство для покупки печи, льда или животного, предназначенного для жертвоприношения, ограничено временем, в течение которого в предметах этих имеется потребность), а по обычаю люди продают вещь за соответствующую ей цену в деньгах, но не в вещах. Во-вторых, продажа с большим ущербом представляется отчасти продажей, отчасти дарением; равным образом, продажа вещей за другие вещи (что носит название муавазы, или мены) представляется, с одной стороны, продажей, с другой — покупкой. Посему ни один из этих актов не может быть абсолютно назван продажей. Абу Ханифа доказывает, что представительство не ограничено, а потому представитель может действовать неограниченно, если только действия его не возбуждают подозрения. Сверх того, продажа вещи в убыток представляется обыкновенным явлением в случае нужды в деньгах. Равным образом в обычае продавать вещь в обмен на другую вещь, когда один из собственников перестает дорожить своею вещью. Что же касается примеров покупки печи, льда или животного, назначенного для жертвоприношения, каковые примеры приводятся обоими учениками в подкрепление их мнения, то учение, касающееся их, не может быть принято, с точки зрения Абу Ханифы, ибо мнение его об этом предмете совершенно противоположное. Кроме того, продажа в очевидный убыток, тем не менее, есть продажа и ни в каком случае не есть дарение. Отсюда, если кто-либо даст клятву, говоря: «Клянусь Богом, я не продам такую-то вещь», а затем отчуждит ее с очевидным убытком, то он — клятвopреступник.

Возражение. Если продажа в очевидный убыток все-таки есть продажа во всем объеме, то отсюда следует, что отец или душеприказчик могут продать имущество несовершеннолетнего в убыток. Почему же в таком случае обоим им воспрещено делать это?

Ответ. Причина та, что власть их всецело основана на предполагаемой с их стороны заботе об интересах несовершеннолетнего, а так как рассматриваемая сделка доказывает недостаток этой заботливости, то она запрещена.

Что касается продажи вещи в обмен на вещь, то сделка является или всецело продажей, или всецело покупкой и не может быть отчасти продажей, отчасти покупкой, так как она одинаково обладает всеми свойствами договоров продажи и покупки.

Представитель может купить вещь за цену, немногим превышающую стоимость ее. Представитель по покупке вправе купить вещь за цену, равную стоимости ее, а также за цену, превышающую ее стоимость, если только разница не очень значительна, но он не вправе купить вещь значительно дороже ее стоимости, потому что это возбуждает подозрение, так как возможно, что он раньше купил вещь для себя, а затем, усмотрев убыток, назначил ее доверителю. Если, однако, представителю поручено купить определенную вещь и он купит ее за цену, значительно превышающую ее стоимость, то, по мнению законоведов, сделка все-таки заключена для доверителя, так как представитель по покупке определенной вещи, не будучи вправе приобрести таковую для себя, не возбуждает и подозрения. Равным образом, если представитель в брачном договоре заключит с женщиной договор для своего доверителя и примет обязательство приданого свыше махри-мисля, или собственного ее приданного,

то договор действителен, согласно Абу Ханифе, ибо ввиду того что представитель по необходимости должен отнести договор к своему доверителю, он не возбуждает подозрения. Иное дело представитель в договоре купли, так как он, если пожелает, может заключить договор в общем виде, не относя такового к своему доверителю. Употребленный здесь термин «очевидный убыток» означает цену свыше оценки, как если бы, например, несколько лиц, оценивая вещь, не дали за нее той цены, которая в действительности за нее уплачена. Некоторые говорят, что термин этот употребляется: при мене имущества, когда разница относится как десять к десяти с половиной; при мене скота, когда она относится как десять к одиннадцати, а при мене недвижимости — как десять к двенадцати. Основание этого мнения заключается в том, что продажа первого рода обычна, продажа второго рода находится в середине между обычностью и редкостью, а продажа третьего рода редка; невыгода же увеличивается пропорционально редкости сделки.

Представитель при продаже раба вправе продать определенную часть его. Если лицо, уполномоченное на продажу раба, продаст половину его, то такая продажа действительна, согласно Абу Ханифе, ибо в этом случае представительство не ограничено и раб может быть продан по одному или нескольким договорам; и так как при подобных условиях продажа была бы действительна, если бы раб был весь продан за половину цены, то тем более продажа действительна, если половина раба продается за половину цены. Оба ученика полагают, что продажа половины раба недействительна как не согласная с обычаем, а также потому, что она предполагает нарушение исключительности права собственности; поэтому продажа недействительна, если только продажа остальной части раба не совершена до возникновения между сторонами разногласия и до обращения их к казнию, в каковом случае продажа действительна, так как продажа одной половины могла быть необходима для облегчения продажи другой половины (если, например, не находится покупатель на всего раба, когда представитель принужден продавать по частям). Посему, если он продаст остающуюся половину до передачи предмета первой продажи, то очевидно, что продажа первой половины была совершена для облегчения продажи всего раба, а потому действительна. Но если, напротив, он не продаст остающуюся часть, то очевидно, что частичная продажа не имела целью облегчить продажу всего раба, и потому эта продажа недействительна. Это различие, делаемое обоими учениками, основано на благоприятном толковании закона.

Представитель при покупке раба может купить его зараз или по частям. Если лицо, уполномоченное на покупку раба, купит половину его, то договор остается в выжидательном положении (то есть он обязателен для доверителя в случае, если представитель затем купит другую половину), ибо покупка части может являться средством к покупке целого (например, если раб стал общей собственностью нескольких лиц путем наследования, в каковом случае представитель поставлен в необходимость купить одну часть у одного наследника, другую у другого и т.д.); и если представитель покупает другую часть раба до отказа доверителя от первой покупки, то очевидно, что он купил часть раба только с целью облегчить покупку всего раба; посему договор купли обязателен для доверителя. Это — общепринятое учение. По Абу Ханифе,

существует разница между этим и предшествующим примерами по двум причинам. Во-первых, при покупке половины раба возникает подозрение, так как возможно, что представитель совершил покупку за свой счет, а потом, заметив невыгоду соучастия в общей собственности, стал относить ее на счет доверителя: подозрение, которое не должно существовать в случае продажи половины. Во-вторых, приказ доверителя продать какую-либо вещь касается его собственности и потому действителен; а при таком положении дела следует обращать внимание на объем полномочия. Напротив, приказ доверителя купить какую-либо вещь касается собственности другого и, следовательно, недействителен, а потому нет необходимости обращать внимание на объем полномочия.

Представитель, которому возвращен проданный предмет по решению казия ввиду существовавшего до продажи недостатка, может вернуть таковой своему доверителю, который обязан беспрекословно принять его. Если одно лицо поручит другому продать раба, что и будет исполнено представителем, а покупатель ввиду такого недостатка, который не мог возникнуть после покупки (например, шестипалость), возвратит раба представителю по решению казия, основанному на свидетельских показаниях или на отказе представителя от присяги, или на его признании, то представитель может вернуть его доверителю, так как в данном примере казий положительно установил, что недостаток существовал во время владения продавца, на каковом основании он и постановил решение о возврате раба, а посему, в действительности, решение это вовсе не основано на одном из упомянутых выше обстоятельств, то есть свидетельских показаниях, отказе дать присягу или признании.

Возражение. Для чего же тогда выставлять упомянутые доказательства и почему о них упоминается в этом случае?

Ответ. Для устранения этого сомнения автор настоящего сочинения замечает, что казий достоверно знает, что вышеназванный недостаток не мог возникнуть в течение месяца, но, не зная, когда совершена продажа, он требует доказательств для установления времени продажи, чтобы ясно определить, что недостаток возник не после, а до этой продажи. Недостаток может быть также такого рода, что требует освидетельствования через женщин или врачей, но, хотя мнение женщин или врачей достаточно для предупреждения спора, оно не дает достаточного основания для решения о возврате; посему представляется необходимость в вышеупомянутых доказательствах, если только казий сам не засвидетельствует продажи и не заметит недостатка, в каковом случае нет необходимости в этих доказательствах. Возвращение вещи представителю в действительности есть возвращение ее доверителю, а потому представитель не обязан начинать иск против доверителя о принятии вещи обратно.

Право это существует и в случае возникновения недостатка после продажи, если только решение казия не основано на признании представителя. Тот же закон применяется, когда покупатель возвращает раба представителю по решению казия, основанному на свидетельских показаниях или на отказе дать присягу, ввиду такого недостатка, который мог возникнуть после продажи, так как свидетельское показание есть абсолютное доказательство; что же касается представителя, то он принужден отклонить

присягу, так как непостоянно имел раба в своем владении, получив его только после своего назначения представителем, вследствие чего недостаток может остаться ему неизвестным. Поэтому, когда покупатель возвращает раба вследствие отказа представителя дать присягу, то продажа приписывается доверителю, который обязан взять раба обратно. Если, с другой стороны, покупатель возвратит его представителю по решению, основанному на признании последнего, то продажа остается за представителем, так как признание есть слабое доказательство (то есть свидетельствует только против признающегося лица), а представитель действует в этом случае не по необходимости, так как от него зависело хранить молчание или отказаться от дачи присяги.

В каком случае доверитель не обязан принять вещь обратно без судебного решения. Затем представитель вправе, однако, по суду принудить доверителя взять раба обратно ввиду свидетельских показаний или отказа доверителя от присяги. Иное дело, когда покупатель возвращает раба представителю вследствие учиненного им признания, без суда, так как в этом случае представитель не имеет основания к предъявлению иска к доверителю о принятии раба обратно, ибо это возвращение есть новая продажа по отношению к третьему лицу, не являющемуся ни покупщиком, ни продавцом, и этим третьим лицом должен быть доверитель, так как только представитель может быть рассматриваем в качестве продавца. Поэтому, получая обратно раба от покупателя, которому его продал, он как бы покупает его обратно, а отсюда он не может вернуть его доверителю или предъявить к последнему иск. Напротив, возвращение проданного в силу решения казиза, основанного на признании продавца, есть уничтожение договора продажи, а не обратная продажа, так как, хотя власть казиза и здесь та же самая, но признание есть лишь слабое доказательство. Поэтому в данном случае ввиду уничтожения договора продажи представитель вправе предъявить к доверителю иск о принятии раба обратно, но так как признание его является недостаточным доказательством, то доверитель не может быть принужден принять раба обратно без свидетельских показаний¹.

Если недостаток существовал бы до продажи, то доверитель обязан принять обратно от представителя вещь без суда независимо от того, возвращена ли таковая покупщиком ввиду признания представителя или нет. Если, с другой стороны, недостаток, вследствие которого покупатель возвратил раба, такого рода, что не мог возникнуть после продажи (например, лишний палец), и возвращение последовало ввиду признания представителя, без постановления казием решения, то, согласно преданию, доверитель обязан принять раба обратно без суда: так как тут существует достаточная причина к возвращению, то стороны сами совершают то, что предписал бы казиз. Однако, согласно некоторым преданиям, представитель не имеет в этом случае права предъявить иск к доверителю о принятии обратно раба по той указанной выше причине, что «возвращение покупщиком представителю вещи ввиду признания его является обратной продажей и в отношении третьих лиц; доверитель же есть третье лицо, а не сторона». Что касается первого предания, по которому возвращение пред-

¹ В доказательство существования недостатка.

мета продажи имело место при наличности достаточной причины, то оно не принято, потому что первоначально право покупателя заключается в том, чтобы предмет продажи был в целом и неповрежденном виде, при отсутствии чего он получает право возвратить вещь, а затем требовать вознаграждения убытков, которые он мог понести. Поэтому возвращение предмета продажи не представляется достаточно обоснованным (признанием представителя).

При споре об объеме полномочия дается вера заявлению доверителя. Если между доверителем и представителем возникает разногласие, причем один станет утверждать, что «он приказал другому продать его раба за наличные деньги, а тот, тем не менее, продал раба в кредит», другой же — что «доверитель поручил только продать раба и более ничего не сказал», то в этом случае дается вера заявлению доверителя, так как он есть лицо, от которого исходил приказ, и нет основания считать этот приказ абсолютным, так как представительство по природе своей относительно и ограничено. Поэтому, если одно лицо говорит другому: «Я назначил тебя представителем относительно моего имущества», то представитель не вправе поступать с ним по своему усмотрению, но действия его законны, лишь поскольку имеют целью охранение этого имущества. Если, с другой стороны, возникнет спор, подобный приведенному, между управляющим¹ и хозяином, то следует дать веру заявлению управляющего, ибо музарабат по природе своей не ограничен. Посему, если одно лицо скажет другому: «Я передал тебе это имущество путем музарабата» или: «Возьми это имущество путем музарабата», то другой вправе совершать с этим имуществом все акты музарабата². Поэтому при музарабате существует основание считать таковой неограниченным. Другое дело, если хозяин заявит, что он отдал имущество для поступления с ним по одному из определенных видов музарабата, а представитель заявит, что он совершил акт, составляющий вид музарабата: в этом случае отдается предпочтение заявлению хозяина, так как обе стороны согласны в том, что музарабат ограниченный, а не абсолютный, а музарабат, переставая быть неограниченным, является обыкновенным представительством. Следует заметить, что общее поручение купить что-либо может касаться или купли за наличные деньги, или купли в кредит на долгий или короткий срок, согласно Абу Ханифе. Оба ученика замечают, что срок платежа по кредитной сделке не должен превышать обычного времени. Начала, на которых это основано, были уже объяснены.

Представитель при продаже не отвечает за последствия таковой. Если одно лицо поручает другому продать его раба, а другой, исполнив это, возьмет залог в обеспечение платежа цены, каковой залог в его руках будет утрачен или уничтожен, или если он примет поручителя в платеж покупщиком долга и оба (поручитель и покупатель) умрут несостоятельными или скроются неизвестно куда, то представитель ни в одном из этих случаев не отвечает, ибо он есть лицо, уполномоченное по договору продажи, а получение цены есть одно из прав, вытекающих из этого договора, но

¹ Арабское «музариб», что означает представителя по торговле. Об этого рода представительстве говорится в главе о музарабате.

² То есть может совершать торговые действия по своему усмотрению.

так как принятие поручительства имело целью придать более верности получению платежа и эту же цель преследовало взятие залога, то отсюда следует, что представитель имел право на эти действия. Не то следует сказать о представителе по получению долга, ибо он действует по субституции, то есть кредитор поручил ему вместо себя принять долговые деньги, но не уполномочил его на принятие поручительства или залога вместо долга, между тем как представитель в договоре продажи получает цену проданной вещи в качестве стороны в договоре, а потому доверитель не может воспрепятствовать ему совершить упомянутые акты.

Раздел IV. Различные случаи

Несколько представителей не могут действовать отдельно, без общего согласия. Если кто-либо назначает двух представителей, то ни один из них не вправе действовать в порученных им делах без согласия другого. Таков закон по отношению ко всем сделкам, требующим обсуждения и обдуманности (каковы, продажа, хуля и т.п.), ибо доверитель в этих сделках полагается на совместное обсуждение дела обоими указанными лицами, хотя, может быть, не доверяет рассудку каждого из них в отдельности.

Возражение. Когда цена определена, то нет надобности обсуждать и обдумывать, а потому в этом случае действие одного из представителей должно быть действительно, между тем как решают иначе.

Ответ. Хотя цена определена, но могут представиться случаи, по зрелом обсуждении, к возвышению ее при надлежащем выборе покупателя.

За исключением случаев представительства в судебных делах. Действие представителя без согласия другого недействительно, кроме некоторых особых случаев. Так, если кто-либо назначает двух лиц своими представителями в судебном деле, то каждый из них вправе действовать без другого, так как действия сообща в этом случае неудобны, порождая во время заседания споры и замешательство. Притом с их стороны требуется обсуждение дела до открытия заседания суда; другими словами, они предварительно должны посоветоваться друг с другом, а затем один из них должен отправиться в заседание для дачи ответа и постановки вопросов. Это с большим удобством может быть сделано одним лицом, чем двумя, ибо в последнем случае скорее может возникнуть спор и недоразумение.

Развода без вознаграждения, отпущения на волю, возвращения поклажи или платежа долга. Равным образом один из двух представителей вправе действовать без другого, когда они кем-либо назначены совместно представителями для совершения от его имени развода без вознаграждения¹, или для отпущения на волю раба безусловно, или для возвращения поклажи ее собственнику, или, наконец, для платежа должных им денег. Причина та, что в этих случаях нет необходимости в совете и обсуждении, а достаточно простого изложения обстоятельств, а в этом отношении слова одного лица равносильны словам двоих. Было бы иначе, если бы доверитель сказал обоим представителям: «Разведите, если угодно, одну из моих жен» или: «Дело

¹ В противоположность хуля, или разводу за вознаграждение.

такой-то из моих жен в ваших руках», ибо в этих случаях один из представителей не вправе был бы развести названную жену, потому что доверитель поставил развод в зависимость от обсуждения и усмотрения обоих, а также потому, что он предоставил решение вопроса соглашению обоих представителей. Случай этот аналогичен с тем, когда кто-либо соединяет развод с фактом прибытия двух лиц в известный дом, в каковом случае развод зависит от прибытия этих лиц в этот дом. Так же и в рассматриваемом случае: он зависит от соглашения обоих представителей.

Представитель не может совершить передоверие. Представитель не вправе назначить другое лицо представителем для исполнения того поручения, на которое он сам уполномочен, так как доверитель, поручая ему дело, не уполномочил его на избрание представителя для исполнения этого поручения. Причина этого заключается в том, что доверие представляемого к своему представителю не дает основания заключать о том, что он доверяет и другому лицу, так как между людьми существует разница.

Если доверитель не предоставил ему этого права или если полномочия его не абсолютны. Посему представитель не вправе назначить другого представителя без согласия доверителя или если последний не предоставил своему представителю действовать по собственному разуму и усмотрению; причем в первом случае согласие должно быть положительно выражено, а во втором случае доверитель всецело предоставляет свое дело усмотрению представителя. Так как, однако, в этих случаях полномочие второго представителя действительно, то он является представителем первого доверителя, а потому первый представитель не имеет права уничтожить его полномочие, которое не прекращается и в случае смерти первого представителя. Но полномочия обоих представителей прекращаются в случае смерти доверителя. Случай, могущий служить объяснением сказанного, был уже приведен при рассмотрении обязанностей казия.

Однако договоры, заключенные вторым представителем в присутствии первого, действительны. Если представитель назначит представителя без согласия своего доверителя и второй представитель заключит договор продажи в присутствии первого представителя, то в этом случае договор действителен, потому что он заключен с ведома и по усмотрению первого представителя, что соответствует намерению доверителя. Однако существует разногласие относительно вытекающих из договора прав. По мнению некоторых, они принадлежат первому представителю, так как доверитель не дал согласия на совершение договора кем-либо другим. Другие же утверждают, что права эти принадлежат второму представителю, который является действительным виновником договора. Если, с другой стороны, второй представитель заключит договор в отсутствие первого представителя, то договор этот недействителен, так как он не заключен с ведома и согласия первого представителя.

Равно как и договоры, хотя заключенные в его отсутствие, но на которые он впоследствии изъявил согласие. Если, однако, первый представитель, получив сведение о договоре, заявит, что присоединяется к нему, то договор действителен; равным образом становится действительным договор, заключенный не представителем, а другим лицом, если представитель впоследствии заявит, что знал об этом договоре, так как этим удостоверяется его согласие на него.

А также (в случаях купли или продажи), когда первый представитель предварительно назначит цену. Если первый представитель предварительно назначит цену, которой должен держаться второй представитель, и этот последний вступит в договор купли или продажи, то таковой договор действителен, так как усмотрение первого представителя, очевидно, было необходимо только для назначения цены, что им и исполнено.

Несколько представителей должны действовать совместно, хотя бы доверитель назначил цену. Другое дело, когда доверитель назначает двух представителей и сам устанавливает цену, ибо в этом случае, несмотря на установление доверителем цены, заключение договора одним представителем, хотя бы по установленной цене, было бы недействительно. Если доверитель назначает двух представителей, несмотря на установление им цены, то, очевидно, намерение его заключается в том, чтобы представители эти действовали с общего согласия ввиду ли увеличения количества предметов (при договоре купли) или для более целесообразного выбора покупателя (в договоре продажи), сообразно сказанному выше. Напротив, если доверитель не устанавливает цены, но поручает заключение договора одному лицу (своему прямому представителю, а не представителю своего представителя), то намерение его заключается в том, чтобы предоставить усмотрению представителя главный пункт договора, именно — определение цены.

Мукатаб, раб или зиммий не могут действовать в качестве представителей несовершеннолетней дочери-мусульманки. Если мукатаб, раб или зиммий заключают брачный договор в качестве представителей несовершеннолетней дочери свободного состояния и мусульманского исповедания или от ее имени заключают договор купли или продажи, то такие договоры незаконны (как и все другие договоры, совершаемые ими относительно имущества таких детей), ибо раб или неправовверный не наделены властью ввиду их рабства и неправовверия. Раб не вправе сам вступить в брак без согласия хозяина, а потому, очевидно, ему не может принадлежать это право по отношению к другим. Неправовверный не обладает никакой властью над мусульманами до такой степени, что показание его о них в качестве свидетеля не допускается. Кроме того, в этих случаях власть (то есть право действовать в имущественных делах несовершеннолетнего) предоставляется для соблюдения интересов несовершеннолетнего; посему необходимо, чтобы это право было предоставлено лицу, правоспособному и расположенному к несовершеннолетнему; но рабство разрушает правоспособность, а неправовверный не может быть расположен к мусульманину. Поэтому право представительства в имущественных делах такого несовершеннолетнего не может быть предоставлено рабу или неправовверному.

Равно как и вероотступник или неправовверный чужестранец. Абу Ханифа, Абу Юсуф и имам Мухаммад того мнения, что вероотступник, приговоренный к смерти за отступничество, и неправовверный чужестранец относительно несовершеннолетней дочери-мусульманки находятся в одинаковом положении с зиммием (то есть ни один из них не вправе совершать акты, касающиеся ее имущества, каковы купля, продажа или брачный договор), потому что неправовверный чужестранец имеет еще менее власти над мусульманином, чем зиммий. Что же касается вероотступника, то

хотя он (по мнению обоих учеников) имеет власть над своим имуществом, но власть его над детьми или их имуществом устраняется до заявления им раскаяния и возвращения к вере, согласно мнению всех наших ученых, потому что право совершения актов, касающихся имущества несовершеннолетнего, основано на соблюдении выгоды сего последнего, а рачительность вероотступника в соблюдении выгоды своих детей-мусульман вполне зависит от его возвращения к вере. Но обстоятельство это представляется сомнительным: если он будет казнен в качестве вероотступника, то очевидно, что он не имел права представительства и все совершенные им акты ничтожны; если же он возвратится к вере, то считается как бы никогда не отступавшим от нее, и посему все действия его упомянутого рода действительны.

Глава III

О ПРЕДСТАВИТЕЛЬСТВЕ СУДЕБНОМ И ПРИ ИСПОЛНЕНИИ РЕШЕНИЯ (ХУСУМАТ, ИЛИ ТЯЖБА, ОЗНАЧАЕТ РАЗГОВОР, ПРОИСХОДЯЩИЙ МЕЖДУ ДВУМЯ ЛИЦАМИ В СОСТЯЗАТЕЛЬНОМ ИЛИ СПОРНОМ ПОРЯДКЕ)

Судебное представительство предполагает представительство при исполнении решения. Если кто-либо назначает другое лицо представителем в тяжбном деле, то, по мнению всех наших ученых, представитель этот уполномочен и на получение присужденного, будь то вещь или долг. По мнению имама Зуфара, его нельзя считать уполномоченным на получение присужденного, так как доверитель уполномочил его только на представительство в тяжбе. Сверх того, между тяжбой и получением присужденного есть разница; доверитель же поручил ему участвовать в тяжбе, но не получить присужденное. Наши ученые доказывают, что если кто-либо уполномочен на известное дело, то он по необходимости уполномочен на исполнение этого дела, но цель и завершение тяжбы о какой-либо вещи заключается в получении этой вещи.

Но в настоящее время решения постановляются согласно противоположному началу. В настоящее время решения постановляются согласно мнению имама Зуфара вследствие очевидного недостатка честности в представителях нашего времени, а также потому, что многие заслуживают доверия в умении вести тяжбные дела, но им нельзя доверить получение имущества. Следует заметить аналогию, существующую между представителем в тяжбном деле и представителем при требовании платежа долга, так как и последний вправе получить деньги, каковое право действительно заключается в праве требовать платежа долга. Однако общепринятое значение слова не таково, ибо под таказа (требование по суду) не всюду понимают и получение присужденного, а общепринятое значение следует предпочитать случайному смыслу слова. Поэтому при решениях, постановляемых в настоящее время, представитель в тяжбном деле не является одновременно представителем при исполнении решения.

Если для ведения дела назначены два представителя, то они должны совместно получить вещь, составляющую предмет спора, потому что представляемый выразил

доверие в честность их обоих, при совместном их действии, а не в честность каждого из них в отдельности; а так как совместное действие обоих при получении присужденного возможно, то они и должны вместе вступить во владение. Не то следует сказать о представителях для ведения только тяжбы, так как совместное действие их неудобно, как уже было упомянуто.

Представитель, уполномоченный на принятие долга, уполномочен также на ведение тяжёбного дела. Кто является представителем другого в получении должных последнему денег, тот, согласно Абу Ханифе, уполномочен также на ведение от имени кредитора тяжёбного дела. Посему, если противная сторона докажет свидетелями, что доверитель получил уже долг или дал расписку в получении такового, то такое показание, по мнению Абу Ханифы, должно быть допущено. Оба ученика утверждают, что означенный представитель не является представителем в тяжёбном деле (и то же самое Хасан утверждает об Абу Ханифе), потому что получение вещи и тяжба — не одно и то же, и из того, что кто-либо заслуживает доверия в имущественном отношении, еще не следует, что он искусен в ведении тяжёбных дел. Поэтому согласие доверителя на представительство по получению вещи не означает еще согласия на представительство в тяжёбном деле. Абу Ханифа доказывает, что представитель для получения долга есть представитель для осуществления права собственности (то есть для получения ценности долга, составляющего право кредитора, с тем, чтобы ценность эта стала собственностью кредитора, ибо невозможно получить самое существо долга, а потому все, что он получает в погашение долга, становится собственностью кредитора, и так как это является вознаграждением или меновым договором, то, следовательно, представитель есть главное лицо, каковым он является по отношению ко всем правам, связанным с договором мены). При таком положении дела представитель есть истец и вправе вести дело так же, как представитель в споре о праве преимущественной покупки или в договоре покупки. Он более, однако, походит на представителя в споре о праве преимущественной покупки, ибо представитель для получения долга предъявляет иск до получения долга так же, как представитель в споре о праве преимущественной покупки начинает иск до осуществления означенного права, между тем как представитель в договоре купли не может начать иск до исполнения договора купли.

Поручение принять известную вещь не включает в себе поручения отыскивать эту вещь судебным порядком. Представитель для принятия известной вещи¹ не есть представитель для ведения дела, согласно мнению всех наших ученых, потому что он является простым доверенным лицом, а также потому, что получение определенной вещи не составляет мены, поэтому такой представитель считается простым посланным. Отсюда, если одно лицо поручает другому принять во владение его раба, а лицо, во владении которого раб находится, докажет свидетелями, что доверитель продал ему раба, то казий не должен постановлять решения относительно факта продажи до явки са-

¹ Арабское «эн», означающее индивидуально существующий предмет собственности (например, предмет, отданный в ссуду), в противоположность денежному долгу или предметам потребляемым (например, зерну и т.п.).

мого представителя. Это основано на благоприятном толковании закона. По аналогии, раб должен бы быть передан представителю, ибо ввиду того, что доказательство было представлено против лица, не являющегося противной стороной (так как представитель не есть противная сторона), оно не может быть допущено. Причина более благоприятного толкования заключается в том, что свидетельские показания имеют двойную цель: во-первых, доказать факт продажи раба доверителем и, следовательно, прекращение его права собственности; во-вторых, доказать, что упомянутый представитель не вправе получить упомянутого раба в свое владение. Хотя относительно первого пункта показания направлены и не против надлежащего противника, но относительно второго пункта представитель является надлежащим ответчиком; поэтому свидетельские показания допускаются относительно второго пункта, но не относительно первого, ввиду чего в случае личной явки доверителя было бы необходимо вновь представить свидетелей в доказательство продажи раба. Результат получился бы тот же, как если бы были указаны свидетели в доказательство того, что доверитель уволил своего представителя, ибо показания этих свидетелей были бы допущены, насколько это необходимо для воспрепятствования представителю принять раба, что имеет место и в рассматриваемом случае. Последствия те же, что и в случаях отпущения на волю, развода и т.п. Так, если одно лицо поручит другому доставить его жену из настоящего ее места пребывания или доставить его раба или рабу, а по прибытии представителя в место их пребывания жена станет доказывать свидетелями, что муж дал ей развод, а раб или раба — что они были отпущены на волю, то такое показание должно быть допущено для воспрепятствования представителю увезти их до прибытия самого доверителя, но не для решения вопроса о разводе или отпущения на волю.

Представитель в тяжбном деле вправе делать уступки от имени своего доверителя. Если представитель в тяжбном деле учинит признание перед казем в обстоятельстве, касающемся доверителя, то такое признание обязательно для последнего. Если, однако, он учинит признание не в присутствии казиза, а кого-либо другого, то таковое недействительно (согласно Абу Ханифе и имаму Мухаммаду, стоящим за благоприятное толкование закона), но представитель, учинивший такое признание перед посторонним лицом, лишается полномочий, а потому, если он, опираясь на свои полномочия, представит свидетелей в доказательство своего признания, то таковые не должны быть допущены. Абу Юсуф утверждает, что признание, учиненное в присутствии постороннего лица, а не казиза, равно действительно по отношению к доверителю. Все сказанное здесь основано на благоприятном толковании закона. Имамы Зуфар и Шафии утверждают, что признание ни в одном из приведенных случаев недействительно (и таково же первоначальное мнение Абу Юсуфа), что соответствует аналогии, ибо представителю было поручено вести тяжбу, под которой разумеется состязание, составляющее существенное свойство тяжбы; но признание прямо противоположно состязанию, а поручение совершить какой-либо акт нельзя распространять на совершение противоположного акта. На этом основании (так как состязание необходимо для существования тяжбы) представитель в тяжбном деле не считается уполномо-

ченным на примирительные и погасительные действия¹. По их же мнению, представительство действительно и в том случае, когда представителю положительно воспрещено учинять признание, между тем, если бы право признания входило в существо тяжбы, то исключение его было бы недействительно так же, как исключение права возражения². Подобное же разногласие существует в отношении того случая, когда одно лицо уполномочивает другое дать ответ от его доверителя: этот род представительства ограничивается правом дать ответ в тяжбном деле, ибо такова общепринятая практика; а потому представитель для дачи ответа вообще в действительности есть представитель в тяжбном деле. Причина более благоприятного толкования закона в этом случае заключается в том, что представительство для ведения тяжбы бесспорно действительно, и действительность эта распространяется на все действия, на которые имеет право доверитель, но последний в тяжбном деле имеет абсолютное право отрицания или признания, так как власть его не ограничена одним из этих прав. Поэтому и представитель имеет право как признания, так и отрицания. Сверх того, простая тяжба³, в переносном смысле, означает вообще возражение, а так как между прямым и переносным значением слова всегда существует родство (как будет показано дальше), то в настоящем случае этот термин должен быть принят в переносном смысле, при котором представительство становится бесспорно действительным, ибо если принимать этот термин в прямом значении (именно — в значении спора), то отсюда следовало бы, что представителю поручено ссориться и спорить, но ссора и спор воспрещены, а представительство в том, что запрещено, не допускается. Поэтому необходимо принять термин в переносном значении (при котором представительство действительно) как более соответствующем мусульманским нравам.

Случай назначения представительства с воспрещением учинять признание. Если кто-либо назначает представителя в тяжбном деле и запрещает ему учинять признание, то, по мнению Абу Юсуфа, такое назначение недействительно, так как по исключении права признания остается одно право отрицания. Ввиду того, что доверителю принадлежит не одно право отрицания, он не может ограничивать представителя одним этим правом. С другой стороны, по преданию, имам Мухаммад считает таковое назначение действительным, ибо запрещение доверителем представителю учинять признание ясно показывает, что он сам имеет лишь право отрицания ввиду известной ему несправедливости иска противной стороны. Но если бы он дал полномочие в общих выражениях, то его следует истолковать в смысле предоставления права вообще делать возражения, каковое право принадлежит всем мусульманам. По преданию, имам Мухаммад устанавливает еще различие между истцом и ответчиком, замечая, что если ответчик запретит своему представителю учинять признание, то это недействительно, потому что ответчик принужден учинить при-

¹ Другими словами, на окончание дела миром и на отказ от долга.

² То есть так же, как если бы положительно было устранено право представителя представлять возражения и отрицать известные обстоятельства.

³ Арабское «хусумат». Вышеприведенное рассуждение всецело основано на первоначальном значении и общепринятом понятии этого термина.

знание, когда дело дойдет до присяги, а посему он не вправе назначать представителя во вред истцу, то есть для одного отрицания, так как и сам он не вправе ограничиться им. Напротив, истец волен признавать или отрицать по своему усмотрению, а потому он вправе назначить представителя для осуществления одного только из этих прав. Абу Юсуф доказывает, что представитель заменяет своего доверителя, а так как признание доверителя не ограничено местом заседания казия, то и признание представителя не должно быть ограничено им. С другой стороны, Абу Ханифа и имам Мухаммад рассуждают, что представительство в тяжбном деле распространяется на возражения, называемые тяжбой в прямом или переносном смысле. Но учиненное в присутствии казия признание называется в переносном смысле тяжбой, потому ли, что оно противопоставляется уже начавшейся тяжбе, или потому, что тяжба является последствием признания; поэтому право учинять признание ограничивается местом заседания казия. С другой стороны, если будет доказано свидетелями, что представитель учинил признание вне заседания казия, то его полномочия прекращаются: если бы он, следовательно, предъявил иск о предмете, относительно которого раньше учинил признание, и указал свидетелей в доказательство иска, то иск этот не был бы принят и предмет его не был бы ему предоставлен ввиду допущенной им неправильности. В этом случае представитель походит на отца или душеприказчика, которые учиняют в присутствии казия признание, вредное вверенному их попечению несовершеннолетнему; каковое признание не производит никакого действия, поэтому если бы он (отец или душеприказчик) впоследствии предъявил иск о предмете этого признания и указал свидетелей в доказательство своего права, то иск не был бы принят и спорный предмет не был бы ему передан.

Представительство для получения долга, предоставленное поручителю в платеж этого долга, недействительно. Если кредитор назначает представителем для получения долга поручителя в платеже должником этого долга, то такое назначение абсолютно недействительно по двум причинам. Во-первых, дело представителя — действовать за другого, и если бы представительство поручителя было действительно, то отсюда следовало, что он действует в качестве представителя за самого себя с целью освободить себя от ответственности; таким образом, одна из существующих черт представительства (именно — действие за другого) отсутствовала бы. Во-вторых, если бы представительство было действительно, то отсюда необходимо вытекало, что если бы представитель сказал: «Он получил долг», то заявлению его дана была бы вера (так как представитель есть доверенное лицо)¹; но это заключение должно быть отвергнуто в данном случае, так как заявлению представителя нельзя доверять ввиду того, что заявлением этим он стремится освободить себя от ответственности. Таким образом, в этом случае представительство недействительно ввиду недопустимости вытекающих из него последствий. Следует заметить, что представитель в рассматриваемом случае походит на собственника мазуна, или привилегированного раба, погруженного в долги. Другими словами, если бы хозяин несостоятельного мазуна от-

¹ Арабское «амин» — доверенное лицо; лицо, на слова которого следует полагаться.

пустил его на волю с ответственностью перед кредиторами за стоимость этого раба, а кредиторы стали бы требовать платежа всех долгов от раба и назначили бы представителем для получения этих долгов хозяина, то такое назначение было бы недействительным по приведенным двум причинам.

Случай иска представителя для получения долга в отсутствие доверителя. Если кто-либо заявляет, что ищет в качестве представителя отсутствующего лица должные ему деньги, а должник подтвердит это заявление, то в этом случае он должен быть приговорен к уплате долга представителю, так как подтверждение им иска есть признание, учиненное им против самого себя, ибо то, что получает представитель, составляет исключительно собственность должника. Посему, если отсутствующее лицо затем явится и подтвердит заявление представителя, то не может уже быть никакого спора; в противном случае должник обязан снова платить долг отсутствовавшему (а ныне явившемуся) кредитору, так как первый платеж не имеет силы ввиду отрицания кредитором представительства, а отрицание это, подкрепленное присягой, должно быть принято во внимание. Поэтому первый платеж через представителя недействителен и, следовательно, должник вправе взять обратно то, что он ему заплатил, если только уплаченное находится еще в его (представителя) владении, ибо намерение его при платеже заключается в том, чтобы освободить себя от ответственности, а так как намерение это не осуществилось, то должник вправе получить уплаченное обратно. Если, однако, уплаченное не находится уже во владении представителя, оно уничтожилось, то в этом случае должник не вправе требовать чего-либо от представителя, так как он, подтверждая заявление представителя, признал его право на получение долга. Должник в этом случае терпит вследствие своего легковерия, и нет основания заставлять других терпеть по его вине; поэтому он не вправе требовать чего-либо от представителя в случае уничтожения данной ему вещи, если только при платеже он не взял представителя поручителем в возврате уплаченного на случай отрицания отсутствующим лицом факта представительства; в этом случае он вправе потребовать вознаграждения за уплаченное, так как представитель в качестве поручителя ответствен за таковое.

Возражение. Поручительство в этом случае не должно бы быть действительно, так как для действительности поручительства существенно, чтобы лицо, за которое ручаются, было что-либо должно; но в данном случае лицом этим является доверитель, который ничего не должен.

Ответ. Поручительство действительно, так как оно относится ко времени, когда доверитель получит вторичную уплату долга; в этом случае он ответствен по мнению как представителя, так и должника; поэтому поручительство действительно в этом случае, как и во всех других.

Если, с другой стороны, кто-либо ищет за отсутствующее лицо должные ему деньги в качестве представителя для получения долга, а должник, не подтверждая и не отвергая требования, хранит молчание, но все-таки уплачивает долг, затем явится кредитор и потребует уплату долга должником, то последний вправе требовать возвращения уплаченного представителю, так как он не подтвердил его (представителя) заявления, а произвел лишь платеж в надежде, что доверитель одобрит его; ввиду же неосуществления этой надежды он вправе требовать вознаграждения убытков

от представителя. То же самое положение применяется к тому случаю, когда должник уплачивает представителю долг после отрицания его заявления, как явствует из вышесказанного. Следует, однако, заметить, что во всех этих случаях (подтверждения, отрицания или молчания) должник не вправе требовать обратно уплаченное представителю до явки доверителя, потому что уплаченное принадлежит доверителю в силу вероятности (в случае подтверждения заявления представителя) или в силу предположения (в случаях отрицания или молчания), ибо возможно, что отсутствующий впоследствии даст согласие на произведенный платеж. Поэтому здесь представляется случай, тождественный с тем, когда бы должник уплатил неуполномоченному лицу в надежде, что кредитор утвердит этот платеж; в этом случае нельзя требовать от неуполномоченного обратно то, что было ему уплачено, так как возможно, что кредитор признает платеж, а также потому, что, по общему правилу, если кто-либо совершает действие с определенной целью, то он не должен разрушать его до тех пор, пока не обнаружится, что намерение не осуществилось.

Случай представительства для получения поклажи в отсутствие доверителя. Если тяжущийся заявляет, что он представитель кого-либо для получения поклажи, и поклажеприниматель подтвердит это заявление, то все-таки, по закону, он не вправе передать предметы поклажи представителю, так как (в противоположность предшествующему случаю — требования долга) он учиняет признание относительно чужого имущества. Если, однако, упомянутое лицо заявит, что «по смерти отца упомянутый предмет поклажи перешел по наследству к нему и что других наследников нет», а поклажеприниматель подтвердит это, то он должен выдать предмет поклажи этому лицу, так как предмет этот не составляет уже собственности отца после его смерти, а поклажеприниматель и упомянутое лицо согласны в том, что предмет этот составляет собственность наследника; по сему поклажеприниматель обязан передать его этому лицу как наследнику.

Лицо, уполномоченное на получение предмета поклажи и заявляющее, что оно купило таковой, не вправе получить его от поклажепринимателя. Если кто-либо заявляет, что купил предмет поклажи от собственника его, а поклажеприниматель подтвердит это заявление, то он все-таки не вправе передать ему означенную вещь, потому что подтверждение поклажепринимателя, при жизни поклажепринимателя, является признанием относительно чужого имущества, а потому их заявления (то есть заявления поклажепринимателя и истца) не могут служить доказательством продажи вещи собственником ее.

Лицо, уполномоченное на получение долга, вправе получить таковой, хотя бы должник заявил, что он уже учинил платеж. Если кто-либо уполномочит другое лицо на получение долга, а должник заявит, что он уже уплатил его кредитору, то он все-таки обязан уплатить его представителю, потому что представительство в данном случае не подлежит сомнению, но уплата долга не доказана заявлением должника; поэтому он не вправе отсрочить платеж. Произведя платеж, он получает право иска к кредитору и может требовать от него присяги; но таковой нельзя требовать от представителя, так как он лишь заменяет кредитора.

Продавец вещи не может быть принужден взять таковую обратно от представителя покупателя по заявлению о недостатке купленного, пока покупатель не даст присягу в

существовании недостатка. Если кто-либо купит рабу, а потом заявит о ее недостатке и назначит представителя для ведения с продавцом тяжбы по этому делу, сам же скроется, а представитель начнет тяжбу и продавец заявит, что покупатель, покупая рабу, знал о ее недостатке, то она не подлежит возвращению продавцу и дело приостанавливается до явки покупателя, от которого затем требуется присяга в том, что он не знал о недостатке рабы. Иначе бывает в случаях требования долга (как изложено выше), ибо здесь долг должен быть уплачен представителю несмотря на заявление должника об уплате долга кредитору, так как возможно вознаградить убыток требованием от представителя возврата полученной им суммы в случае обнаружения, ввиду отказа доверителя от присяги, ошибки; между тем в рассматриваемом случае, если бы договор продажи был уничтожен веледствие недостатка, то продажа впоследствии не может быть восстановлена, так как решение об уничтожении ее воспринимает полное действие и сохраняет силу, хотя бы впоследствии обнаружилась ошибка, касающаяся заявленного недостатка. Таково учение Абу Ханифы, по которому присяга не может быть также предложена покупщику после уничтожения договора продажи и возвращения его предмета, так как такая присяга не имела бы никакого значения. По мнению обоих учеников, продажа в этом случае должна быть уничтожена, а предмет ее возвращен, не ожидая присяги покупщика, так как вознаграждение возможно даже в этом случае, ибо если обнаружится ошибка в решении казия ввиду отказа покупщика присягнуть, то решение уничтожается, а предмет продажи возвращается покупщику. Некоторые утверждают, что, по Абу Юсуфу, наиболее правильно то учение, по которому в обоих случаях решение приостанавливается, то есть в случае требования долга — уплата такового, а в рассматриваемом случае — возвращение предмета продажи представителю покупщика; потому что Абу Юсуф обращает внимание на интерес продавца (посему, если покупатель впоследствии явится, то от него требуется присяга без формальной о том просьбы продавца). Ввиду этого возвращение проданного предмета представителем покупщика приостанавливается до явки покупщика и дачи им присяги, в чем и выражается заботливость о правах продавца.

Лицо, получающее деньги для известного употребления, может вместо них заплатить своими деньгами. Если одно лицо даст другому десять дарагимов для передачи семье поручителя на содержание, а представитель вместо тех десяти дарагимов, которые получил, даст свои собственные, то это не составляет дарения; напротив, он вправе удержать те дарагимы, которые получил, вместо тех, которые отдал, потому что представитель для передачи содержания подобен представителю для совершения купли, а именно таков закон, как уже было объяснено, в представительстве при договоре купли.

Глава IV

О ПРЕКРАЩЕНИИ ПРЕДСТАВИТЕЛЬСТВА

Доверитель может по своему желанию уволить представителя, за исключением случаев, касающихся прав другого лица. Доверитель вправе уволить своего представи-

теля, так как представительство составляет его право, а следовательно, он может, если пожелает, уничтожить его, исключая тот случай, когда с этим правом связано право другого лица, например, когда представитель для ведения тяжёбного дела назначен по требованию истца, в каковом случае доверитель (являющийся ответчиком) не может уволить упомянутого представителя ввиду связи с правом истца, ибо если бы он уволил его, то было бы уничтожено право истца. Посему в этом случае представительство подобно представительству, связанному с договором залога, когда залогодатель во время совершения договора залога назначает кого-либо своим представителем для продажи залога и уплаты полученными деньгами долга залогодержателю; в каковом случае ввиду связи между правом залогодержателя и представительством доверитель не вправе уволить такого представителя; так же и в рассматриваемом случае.

Представительство сохраняет силу, пока представитель не получит надлежащих сведений о своем увольнении. Если доверитель увольняет своего представителя, который не получит о том сведений, то представительство сохраняет силу до уведомления представителя об увольнении, а до того времени все его действия обязательны, так как увольнение наносит ему ущерб, потому что уничтожает его право на действие, а также потому, что права, вытекающие из договоров купли и продажи, принадлежат ему, вследствие чего представитель по покупке сам уплачивает цену купленного из имущества доверителя, а представитель по продаже передает проданный предмет покупщику; посему, если бы увольнение имело место немедленно и непосредственно, без сообщения о том представителю, и он при таких обстоятельствах заплатил бы за купленное или передал бы проданное, то становится ответственным, что составляло бы несправедливость относительно его. Следует заметить, что в этом отношении не делается исключения для представителей в брачном договоре и т.п. Был возбужден вопрос, необходимо ли, чтобы уведомление об увольнении представителя было сделано двумя лицами или одним заслуживающим доверия лицом; но так как положения закона об этом предмете уже были изложены при разъяснении обязанностей казия (в главе о решениях в делах о наследстве), то не представляется необходимым повторять их.

Представительство прекращается смертью, признанным сумасшествием или веротступничеством доверителя. Если доверитель умрет, сойдет с ума или, отступив от веры, будет принят во враждебной стране, то во всех этих случаях представительство прекращается. Представительство, по природе своей, не есть учреждение абсолютное и неизменное, ибо доверитель вправе без согласия представителя уволить его; а отсюда следует, что существование представительства должно зависеть от существования той власти, которая создала его, так как необходимо, чтобы доверитель в каждый момент существования представительства обладал той же властью, которой представительство обязано своим существованием, а эта власть прекращается вследствие упомянутых выше событий. Упомянутое здесь абсолютное слабоумие обусловлено Кудури, так как незначительная степень его являлась бы только временным помрачением ума. Граница абсолютного слабоумия, согласно Абу Юсуфу, определяется сроком в один месяц, так как при такой продолжительности сумасше-

ствия устраняется обязанность соблюдения поста. Передают также, как мнение Абу Юсуфа, что граница его не простирается далее одной ночи и одного дня, так как при такой продолжительности сумасшествия устраняется обязанность соблюдения пяти установленных молитв, вследствие чего сумасшедший в такой степени рассматривается как умерший. Имам Мухаммад говорит, что границу следует расширить до целого года, так как сумасшествие, продолжающееся год, освобождает от исполнения всех религиозных обрядов, предписанных мусульманам, а потому граница эта должна быть расширена до означенного периода. Что касается выражения «отступив от веры, будет принят во враждебной стране» (как упомянуто выше), то правоведы замечают, что таково учение Абу Ханифы, ибо, по его мнению, все действия лица, просто отпавшего от веры, остаются в неопределенном положении; поэтому, если он затем раскается и возвратится к вере, то его действия (а следовательно, и назначение представителя) подтверждаются, но если он будет казнен по причине вероотступничества или сбежит к неверным, то действия его теряют силу и назначение им представителя недействительно. С другой стороны, по мнению обоих учеников, действия вероотступника действительны, а потому назначение им представителя сохраняет силу, за исключением случаев его смерти, казни или изгнания по приговору казиза.

Но не вероотступничеством, если доверитель — женщина. Если доверителем является женщина, которая отступит от веры, то, тем не менее, назначение ею представителя остается обязательным до ее смерти или удаления в иноверную страну, так как было постановлено, что вероотступничество женщины не влияет на ее договоры, каковы договор продажи и т.п.

Случаи, когда назначение представителя мукатабом, мазуном или совладельцем теряет силу. Если мукатаб назначает представителя, а затем оказывается несостоятельным к платежу выкупа, или если привилегированный раб назначает представителя и затем подпадает под ограничения, или если один из двух совладельцев назначит представителя, а затем совладельцы отделятся и прекратят товарищество, то во всех этих случаях представительство теряет силу независимо от того, получит ли представитель сведения об этих привходящих обстоятельствах (то есть о несостоятельности мукатаба и т.п.) или нет, по той уже приведенной причине, что «существование представительства должно зависеть от существования той власти, которая создала его», каковая власть прекращается при наступлении одного из упомянутых обстоятельств. Но эта причина имеет значение в обоих случаях (то есть независимо от того, знал или не знал представитель о наступлении этих обстоятельств), а потому представительство теряет силу. В данном случае увольнение представителя объясняется стечением обстоятельств и необходимостью, а потому не зависит от сознания представителя; точно так же, как, например, представительство в договоре продажи прекращается, когда вещь продана самим доверителем, в каком случае представительство за отсутствием предмета по необходимости прекращается.

Представительство прекращается смертью или сумасшествием представителя. Если представитель умрет или впадет в сумасшествие, то представительство прекращается, потому что продолжение представительства поставлено в зависимость от тех же условий, как и начало его, а так как для возникновения представительства требуется,

чтобы представитель был способен исполнять поручения доверителя, то отсюда следует, что продолжение этой способности есть условие продолжения представительства, а эта-то способность и уничтожается в данном случае смертью или сумасшествием представителя.

Или вероотступничеством его и бегством во враждебную страну. Равным образом, если представитель отпадет от веры и удалится в страну неверных, то действия его необязательны, разве он снова станет мусульманином и возвратится, в каковом случае действие представительства восстанавливается. Автор настоящего сочинения замечает, что таково учение имама Мухаммада, но, по Абу Юсуфу, представительство не восстанавливается несмотря на возвращение представителя к вере и в свою страну. Имам Мухаммад доказывает, что представительство есть полномочие на действие, имеющее последствием устранение тех препятствий, которые иначе парализовали бы это действие. Но полномочие представителя на действие, поскольку оно касается его самого, основывается на существовании в нем известных качеств, именно — здравого ума, свободы и совершеннолетия; неспособным же к пользованию своим полномочием он стал лишь вследствие привходящего обстоятельства (именно — бегства в чужую страну). Поэтому, если причина этой неспособности будет устранена, а полномочие тем временем не будет отнято, то он вновь становится представителем. Абу Юсуф рассуждает, что представительство есть поручение, соединенное с властью совершать акты; другими словами, представитель в силу поручения получает власть совершать акты, обязательные для другого, именно — доверителя; словом, в силу данного ему поручения он вправе совершать акты, но не исполнять их. Но власть совершать акты, или, другими словами, представительство, прекращается вследствие вероотступничества и бегства во враждебную страну, так как эти факты рассматриваются как смерть мусульманина, и власть эта не оживает вновь при возвращении представителя к мусульманству и в страну мусульман так же, как (при подобных же обстоятельствах) не восстанавливается право собственности на умми-валяд или мудаббаров; другими словами, если хозяин отпадет от веры и удалится в страну неверных, то его мудаббары и умми-валяд становятся свободными, и право собственности его на них не возобновляется в случае возвращения его к вере и в свою страну.

Представительство не возобновляется вследствие раскаяния и возвращения доверителя-вероотступника. Если доверитель становится мусульманином и возвращается в страну мусульман после отпадения от веры и удаления во враждебную страну, то власть его представителя, потерявшая силу, не возобновляется, по «Захири-Риваяту». Имам Мухаммад того мнения, что представительство возобновляется таким же образом, как в предшествующем случае вероотступничество представителя. Причина установления различия (по «Захири-Риваяту») между случаями вероотступничества доверителя и представителя заключается в том, что по отношению к доверителю установление представительства есть право, которое становится ничтожным вследствие вероотступничества, но для установления представительства со стороны представителя требуется здравый ум, свобода, знание и совершеннолетие — обстоятельства, которые не устраняются вследствие отступления от веры.

Представительство по совершению известного определенного акта прекращается при совершении этого акта самим доверителем. Если одно лицо назначает другое своим представителем для известной цели, а затем осуществляет эту цель само, то представительство в этом случае теряет силу. Под это положение подходит много случаев. Например, когда кто-либо назначает представителя для отпущения на волю раба или превращения его в мукатаба, а затем сам отпускает раба на волю или делает из него мукатаба; или когда кто-либо назначает представителя для заключения брачного договора между ним и известной женщиной, а затем сам заключает договор; или когда кто-либо назначает представителя для покупки определенного предмета, а потом сам покупает таковой; или когда кто-либо назначает представителя для развода с женой, а затем сам трижды разведет ее (или разведет ее однажды и истечет ее иддат); или когда кто-либо назначает представителя для заключения с его женой хуля, а затем сам заключает с нею хуля. Во всех этих случаях представительство (ввиду фактической невозможности осуществить таковое при совершении актов, ради которых оно установлено, самим представителем) ничтожно. Так что в случае брака, если бы доверитель впоследствии дал окончательный развод женщине, на которой он таким образом женился, то представитель не вправе был бы заключить с нею брачный договор от имени доверителя, так как намерение доверителя, ради которого он назначил представительство, уже осуществилось, а потому более уже не существует надобности в представительстве. (Иное дело, однако, когда представитель заключит брачный договор с женщиной, а затем разведет ее от имени доверителя: в этом случае намерение доверителя при установлении представительства не было осуществлено, следовательно, надобность в представительстве все еще существует).

Представительство, прекращенное каким-либо действием доверителя, не может быть затем восстановлено. Если кто-либо назначает представителя для продажи раба, затем сам продаст его, а покупатель возвратит ему раба по решению казия, основанному на представленных доказательствах присущих рабу недостатков, то, по мнению Абу Юсуфа, представитель не вправе продать его, потому что доверитель, сам продав его, фактически отнял у представителя полномочие на совершение акта, что равносильно увольнению представителя. С другой стороны, имам Мухаммад утверждает, что представитель может снова продать раба, так как, по его мнению, представительство продолжает существовать, ибо оно есть разрешение на действие. Другое дело, когда кто-либо назначает представителя для совершения дарения, а затем сам совершает таковое и берет дар обратно; в этом случае представитель не вправе учинить дарение, так как добровольное отречение от него доверителя с очевидностью свидетельствует о желании его, чтобы дарение не совершилось; в противоположность возвращению доверителю предмета продажи по решению казия, потому что доверитель поставлен в необходимость взять проданное обратно, а потому нет основания заключать, что он не желает, чтобы продажа имела место. Поэтому, когда предмет продажи, будучи возвращен доверителю, становится полной его собственностью, то представитель вправе снова продать его.

КНИГА XXIV

О ДАВИИ, ИЛИ ИСКАХ

- | | |
|------------|---|
| Глава I. | Введение. |
| Глава II. | О присяге. |
| Глава III. | О тагалифе, то есть обоюдной присяге истца и ответчика. |
| Глава IV. | О вещах, отыскиваемых двумя лицами. |
| Глава V. | Об исках о родстве. |

Глава I

ВВЕДЕНИЕ

Различие между истцом и ответчиком. Муддаи, или истец, есть лицо, которое, если добровольно откажется от иска, то не может быть принуждено поддерживать таковой, а муддаи-алайх, или ответчик, есть лицо, которое, если бы пожелало избежать тяжбы, может быть принуждено к ней. Многие, по отношению к праву собственности, определяют истца как такое лицо, которое, будучи лишено предмета этой собственности, может восстановить свое право, лишь доказав его, а ответчика — как лицо, которое имеет законное доказательство своего права в самом факте владения. Имам Мухаммад в «Мабсуте» говорит, что ответчик есть лицо, которое отрицает. Это верно, но требуется искусство и знание права, чтобы отличить в процессе лицо отрицающее, так как часто случается, что лицо, по-видимому, является истцом, между тем как в действительности он ответчик. Так, поклажеприниматель, говоря поклажедателю: «Я возвратил тебе предмет поклажи», по-видимому, является истцом, так как он утверждает возвращение предмета поклажи; но в действительности он ответчик, так как отрицает свою ответственность, а потому заявлению его, подтвержденному присягою, следует дать веру.

Истец должен точно указать предмет иска. Ни один иск не приемлется без указания истцом рода и количества вещей, составляющих предмет его, потому что цель иска заключается в том, чтобы согласно представленным доказательствам добиться решения казия о предмете иска, обязательного для ответчика, но обязательство не может иметь места по отношению к неопределенному предмету.

Который (если принадлежит к числу движимого имущества) должен быть доставлен в заседание. Посему, если предмет этот еще существует и находится во владении от-

ветчика, то последний обязан представить его в заседание казия для того, чтобы истец мог осязательно сослаться на него при изложении своей жалобы. Равным образом представление предмета иска необходимо во время дачи показаний свидетелями или присяги ответчиком, так как в этих случаях требуется наивысшая степень достоверности и знания, а это лучше всего достигается осязательной ссылкой на движимое имущество, могущее быть доставленным в заседание казия, потому что такая ссылка более полно удостоверяет и определяет вещь.

Ответчик должен явиться для ответа на правильно предъявленный иск. Если иск правилен, то необходима явка ответчика. Эта практика соблюдалась казиями во все времена. Кроме того, ответчик обязан дать ответ на иск, когда он явился, чтобы цель его явки была осуществлена.

И должен представить предмет иска. Необходимо также представить предмет иска по причинам, уже изложенным. Равным образом ответчик обязан, в случае отрицания иска, принять присягу, как будет объяснено в последней части этой главы.

Или же должна быть установлена стоимость этого предмета. Если предмет иска не находится налицо, то недостаточно простого описания качеств его; необходимо установить стоимость его, чтобы предмет иска был вполне определен, ибо сущность предмета определяется указанием на стоимость его, а не на качество, так как множество предметов того же рода может обладать одними и теми же качествами; ввиду же того, что в данном случае обозрение предмета невозможно, то установление стоимости его заменяет его осмотр. (Законовед Абу Лайс говорит, что к указанию на стоимость должно быть присоединено указание на род предмета).

Или (если предмет иска составляет земля) истец должен указать границы и точно сформулировать свое требование. Если иск касается земли или другой недвижимости, то необходимо, чтобы истец указал границы и сказал: «Эта земля находится во владении ответчика, и я требую ее от него», так как этого рода собственность не может быть определена осязательной ссылкой ввиду того, что ее невозможно доставить в заседание казия. Поэтому достаточно указания границ, ибо этим указанием недвижимая собственность может быть определена. Необходимо указать границы с четырех сторон и назвать смежных владельцев, указав семьи, к которым они принадлежат, перечислив предков каждого до дедов, по крайней мере, так как (по мнению Абу Ханифы) указание деда необходимо для полного определения семьи, какое мнение общепринято. Если, однако, смежный собственник — лицо известное, то достаточно назвать его. Достаточно также указать границы лишь с трех сторон, по мнению наших ученых (в противоположность мнению имама Зуфара), так как в этом случае определена большая часть границ, а большинство производит такое же действие, как и целое. Иное дело, когда указаны четыре границы и одна из них указана ошибочно: в этом случае иск оказывается предъявленным неправильно, в противоположность случаю, когда об одной из них вовсе не упомянуто, что не включает в себе неправильности. (Следует заметить, что подобно тому, как указание границ необходимо в иске о недвижимости, оно так же необходимо и при даче свидетелями показаний). Что же касается заявления истца, что «эта земля находится во владении ответчика», то таковое существенно необходимо, ибо ответчик ответствен

по иску, если он владеет землей. Однако так как заявление истца и подтверждение его ответчиком сами по себе недостаточны для установления этого обстоятельства, то требуется, чтобы истец доказал владение ответчика свидетельскими показаниями или чтобы обстоятельство это было известно самому казию. Это общепринято, так как заявление истца и подтверждение его ответчиком оставляют место сомнению, ибо возможно, что земля находится во владении другого, а стороны пришли к соглашению, утверждая, что земля эта находится во владении ответчика, для того, чтобы достигнуть судебного решения. Иное дело в исках о движимости, ибо факт владения может быть установлен осмотром, почему нет надобности прибегать к свидетельским показаниям. Слова истца: «Я требую ее от ответчика» также существенно необходимы, потому что требование это составляет его право, а потому оно и должно быть выражено, а также потому, что возможно, что земля находится во владении ответчика по праву залога или в качестве обеспечения цены проданного имущества, каковое опасение устраняется выраженным истцом требованием. Законоведы замечают, что вследствие упомянутой возможности в исках о движимости необходимо, чтобы истец заявил, что вещь незаконно находится во владении ответчика.

В делах о взыскании долга достаточно простого требования. Если иск касается долга, то для истца достаточно сказать: «Я требую его», ибо так как лицо обязанное присутствует, то остается лишь заявить требование, каковое и должно быть заявлено истцом, потому что это его право, а также потому, что до заявления им требования казий не может принять его во внимание.

И указание на род и количество монет. Необходимо, однако, указать, состоит ли долг в дарагимах или динарах, золоте или серебре, так как такое указание определяет долг.

Обязанности казия. Изложенное до сих пор касается правильности предъявления иска. Следует заметить, что когда иск предъявлен правильно, казий должен спросить ответчика: «Основателен ли иск или нет?». Если он признает основательность его, то казий должен постановить решение, основанное на его признании, так как признание само по себе производит действие; поэтому казий должен приказать ответчику прекратить владение вещью, относительно которой он учинил признание, и передать таковую истцу. Если, напротив, ответчик отрицает основательность иска, то казий должен потребовать от истца доказательств, потому что Пророк в одном случае, когда ответчик возражал против иска, сказал прежде истцу: «Имеешь ли ты доказательства?», а когда этот ответил отрицательно, сказал: «От тебя зависит потребовать присяги от ответчика». Из этого предания ясно, что право требовать от ответчика присяги зависит от неимения у истца доказательств; а потому сперва должно требовать от него представления доказательств; если же он заявит, что не может представить их, то должно требовать присяги от ответчика. Если истец представит доказательства в подтверждение своего иска, то казий должен постановить решение в его пользу, так как в этом случае не может быть сомнения в основательности иска. Если, напротив, он не может представить доказательств и требует от ответчика присяги, то казий (согласно вышеприведенному преданию) должен привести его к при-

сяге. Однако для этого необходимо требование истца, так как это есть осуществление его права.

Глава II

О ПРИСЯГЕ

Не должно требовать от ответчика присяги, когда свидетели истца (хотя и не находящиеся налицо) могут быть призваны для допроса. Если истец заявит, что «его свидетели находятся в городе, но не в заседании казия», и, тем не менее, станет требовать от ответчика присяги, то в этом случае (по Абу Ханифе) на ответчика не должно возлагать присягу. Абу Юсуф утверждает, что от ответчика следует требовать присягу, ибо вышеприведенным преданием установлено, что присяга есть право истца, а поэтому она должна быть предоставлена ему в случае его требования. Абу Ханифа рассуждает, что предоставление истцу права требовать от ответчика присягу основано на предположении о неимении у него доказательств, как то и выражено в самом предании. Отсюда, пока не установлена невозможность представить доказательства, право его не возникает так же, как если бы свидетели находились в заседании казия. Мнение имама Мухаммада (как оно передано Хасифом) совпадает с мнением Абу Юсуфа, но в изложении Тахави оно согласно с мнением Абу Ханифы.

Нельзя требовать присяги от истца. Нельзя требовать присяги от истца ввиду положения, приведенного в преданиях о Пророке, что «представление доказательств лежит на обязанности требующего», а «принятие присяги — на обязанности возражающего»; откуда ясно, что истец ни в каком случае не обязан присягать, иначе обязанность эта не была бы отнесена на лицо возражающее или ответчика. Имам Шафии, однако, не согласен с этим учением).

Доказательству, представленному истцом, должно отдавать предпочтение перед доказательством, представленным ответчиком. Если фактический владелец и истец представляют доказательства в подтверждение их права полной собственности, то в этом случае доказательство фактического владения должно быть отвергнуто, а доказательство истца допущено. Имам Шафии утверждает, что доказательство, представленное владельцем, должно быть допущено и в его пользу постановлено решение, потому что его доказательство подтверждается фактом владения, следовательно, оно не подлежит сомнению и должно быть предпочтено так же, как доказательство в пользу владельца предпочтается в случаях рождения, брака или требования раба, отпущенного на волю, ставшего умми-валяд или сделанного мудаббаром. Другими словами, если каждое из двух лиц утверждает, что такая-то лошадь, находящаяся во владении одного из них, произошла от лошади, принадлежавшей ему, и оба представят доказательства в подтверждение своих заявлений, то предпочтение дается доказательству владельца; и так же в случае споров о жене, находящейся во владении одного из спорящих, о вольноотпущеннике, умми-валяд или мудаббаре, находящемся во владении одного из лиц, заявляющих о праве собственности на него. Отвечая на эти рассуждения имама Шафии, наши ученые доказывают, что не доказательства, пред-

ставленные владельцем, подтверждают право собственности, потому что самый факт владения указывает на право собственности и, следовательно, служит предварением доказательства. Иное следует сказать о доказательствах, представленных лицом не владеющим, так как ими устанавливается право собственности¹; но доказательства, представленные со стороны невладелльца, устанавливают право собственности, и они должны быть допущены: ввиду того, что цель доказательства есть установление известного обстоятельства, то доказательства, устанавливающие это обстоятельство, и должны быть предпочтены. Следует заметить, что факт владения указывает на право собственности абсолютно, а не относительно, как в случаях, приведенных у имама Шафии, а потому аналогия, усматриваемая им между приведенными у него и рассматриваемыми случаями, неверна.

При отказе ответчика дать присягу казий должен немедленно постановить против него решение. Если ответчик отказывается дать присягу, когда он к сему обязан, то казий должен постановить решение против него и присудить с него предмет иска в пользу истца. Имам Шафии утверждает, что казий не должен постановлять решения немедленно после отказа ответчика дать присягу; он должен сперва привести к присяге истца, а затем постановить решение против ответчика, потому что отказ дать присягу допускает три объяснения: 1) желание избежать лжеприсяги; 2) нежелание принять присягу, хотя бы и в подтверждение истины, вследствие того мнения, что присяга унижает достоинство дающего ее и 3) сомнение в истинности или ложности того обстоятельства, которое должно быть подтверждено присягой. А так как причина отказа в даче присяги представляется сомнительной, то отказ этот не может служить доказательством (так как сомнительное обстоятельство не может иметь значение доказательства); ввиду же того, что присяга истца обнаруживает право, то и следует прибегнуть к ней. С другой стороны, наши ученые доказывают, что отказ ответчика дать присягу свидетельствует или об уступке предмета иска, или о признании основательности исковых требований, ибо в противном случае он не имел бы основания отказываться от присяги, когда от нее зависит поддержание его права. Кроме того, нет оснований, по которым можно было бы предложить присягу истцу, так как приведенное выше предание положительно устанавливает, что обязанность дать присягу ограничивается одним ответчиком.

Казий должен сделать ответчику три отдельных заявления. Казий обязан сделать ответчику три заявления, повторяя ему трижды: «Я предлагаю тебе дать присягу; если ты дашь ее, то хорошо; если нет, то я постановлю решение в пользу истца». Это троекратное повторение необходимо вследствие отсутствия достоверности в случаях отказа от присяги, так как существует разногласие относительно действительности решения, основанного на этом отказе. (О необходимости повторения упоминает Ха-саф как о предупредительной мере и как о средстве лишить ответчика возможности ссылаться на недоразумение.) Действительно, по общепринятому учению, решение,

¹ Так как они не предваряются каким-либо иным обстоятельством, а потому должны быть допущены.

постановленное после одного заявления со стороны казия, законно. Однако более похвально делать три заявления.

Отказ дать присягу бывает двух родов: положительный и предполагаемый. Отказ дать присягу бывает двух родов: 1) положительный (когда ответчик положительно заявляет: «Я не хочу дать присяги») и 2) предполагаемый (когда он хранит молчание). Последствия во втором случае те же самые, как и в первом, если только известно, что ответчик не глух и не нем. Это — общепринятое учение.

Присяга не может быть требуема от ответчика в делах, касающихся брака, развода, йла, рабства, виля, наказания или леана. Если мужчина предъявляет иск о том, что женщина состоит с ним в браке, или женщина о том, что она замужем за известным мужчиной, и в обоих случаях ответчик отрицает иск, то (по Абу Ханифе) нет необходимости требовать присяги. То же самое соблюдается (по Абу Ханифе) в делах о возврате имущества (после развода), или отмене в случае йла, или в исках о рабе, приплоде, виля, наказании и леане. Так, если в случае развода женщина по истечении ее иддата предъявит против мужа или муж против жены иск о возврате имущества, а ответчик в обоих случаях станет отрицать иск; или если в случае йла одна из сторон станет требовать отмены обета, а другая оспаривать это требование; или если одно лицо заявит притязание на другое лицо, состояние которого неизвестно, как на раба, или же лицо, состояние которого неизвестно, станет утверждать, что оно — раб другого лица, а ответчик в обоих случаях будет оспаривать иск; или если раба заявит, что она умми-валяд известного лица и что другое известное лицо родилось от нее, а ответчик станет отрицать это¹; или если кто-либо станет утверждать, что лицо неизвестного происхождения — его сын, или этот последний будет утверждать, что лицо это — его отец, а ответчик в обоих случаях будет оспаривать иск; или если кто-либо заявит, что лицо известного состояния было им отпущено на волю и что поэтому ему принадлежит над этим лицом право виля, или же лицо это будет утверждать, что оно было другим лицом отпущено на волю, а ответчик в обоих случаях будет отрицать иск; или если одно лицо заявит, что другое совершило блудодеяние, а этот другой будет отрицать это; или, наконец, если жена будет утверждать, что муж оклеветал ее, — то во всех случаях нет необходимости (по учению Абу Ханифы) требовать присяги от ответчика. Оба ученика полагают, что необходимо требовать присяги от ответчика во всех этих случаях, за исключением случаев применения наказания или леана, так как, по их мнению, отказ дать присягу равносителен признанию, ибо это свидетельствует о недобросовестности отрицания, посему отказ дать присягу есть или действительное признание, или по своим последствиям равняется таковому, а признание допускается во всех приведенных выше случаях. Однако эти виды признания по природе своей не вполне достоверны, так как здесь нет несомненно действительного признания, а при наличии сомнения наказание не применяется; ввиду же того, что леан по своим последствиям равносителен наказанию, они по-

¹ Но правило это неприменимо, как в других приведенных случаях, к обратному положению, ибо если подобное заявление делается женщиной, то это рассматривается как признание, и отрицание со стороны женщины тогда не имеет значения.

лагают, что и в этом случае нельзя требовать от ответчика присяги. По мнению Абу Ханифы, отказ дать присягу равносителен уступке истцу предмета иска; поэтому после такого отказа нет необходимости требовать присяги ввиду того, что цель иска достигнута и без того. (Более похвально рассматривать отказ дать присягу как уступку, так как при такой точке зрения устраняется необходимость признавать недобросовестность со стороны ответчика). Из того, что отказ дать присягу рассматривается как уступка спорного предмета, следует, что такой отказ не может иметь значения в вышеприведенных случаях, так как уступка предмета требования ответчиком по самой природе этих требований не может быть допущена; поэтому в случаях этих от ответчика не требуется присяги: требованием последней имеется в виду дать казию основание постановить решение на случай отказа от присяги; но цель эта не может быть достигнута в упомянутых исках.

Возражение. Если отказ дать присягу равносителен уступке, то отказ мукатаба или привилегированного раба не должен быть допускаем, так как ни тот, ни другой не вправе делать уступки.

Ответ. Отказ дать присягу рассматривается как уступка для устранения зла, именно — спора; поэтому отказ мукатаба и привилегированного раба допускается.

Возражение. Если бы отказ дать присягу равнялся уступке, то его не следовало бы допускать в исках о долге, так как предметом дарения должна быть индивидуально определенная вещь, между тем как долг заключается лишь в предметах известного качества.

Ответ. Действительность уступки этого рода в случаях требования долга основывается на образе мыслей истца, ибо он рассматривает вещь, которую получает, именно как вещь, на которую имеет право. Кроме того, уступка в этом случае означает лишь устранение препятствия, то есть ответчик не препятствует истцу воспользоваться его собственностью, и он, согласно сему, получает эту собственность, так как распоряжение ею предоставлено усмотрению частных лиц. Иное дело в случаях, упомянутых выше, в которых распоряжение частных лиц не допускается; уступка со стороны их в таких случаях невозможна.

Вор, отказывающийся от присяги, ответствен за украденное имущество. Присяга должна быть потребована от вора, и если он откажется дать ее, то становится ответственным за имущество, но не подвергается отнятию руки, потому что действие его влечет за собой два последствия: имущественную ответственность и потерю руки; а так как отказ дать присягу ведет к первому последствию, а не ко второму, то здесь представляется тот же случай, как если бы факт был установлен показанием одного мужчины и двух женщин, в каковом случае возникает имущественная ответственность, но не применяется наказание отнятием руки.

В иске, основанном на разводе до совершения брачного сожителства, жена имеет право на свою половину приданого, если муж отказывается дать присягу. Если жена предъявляет иск к своему мужу, утверждая, что он развел ее до совершения брачного сожителства, то от мужа следует потребовать присягу, и если он откажется дать таковую, то становится ответственным за половину приданого, согласно всем нашим ученым, потому что (по их мнению) присяга допускается в делах, касающихся разво-

да, в особенности когда предмет иска составляет имущество. Равным образом присяга допускается в делах брачных, когда жена требует своего приданого, так как требование это относится до имущества, право на которое доказывается отказом дать присягу, хотя самый брак этим не устанавливается. Одинаково присяга допускается в исках о родстве, касающихся известного права, например, права наследования или права на содержание (например, когда немощный утверждает, что он брат известного лица, которое обязано давать ему содержание, а лицо это будет отрицать эту обязанность). Так же в случаях требования о возврате подаренного (когда, например, при требовании обратно дара одаренный заявит, что он брат дарителя и что ввиду такого родства он не имеет права требовать возвращения дара, а даритель станет отрицать родство) ответчику предлагается дать присягу, так как предмет требования составляют упомянутые права.

В исках о родстве допускается присяга ответчика. По мнению обоих учеников, присяга не допускается в простых случаях родства, если оно не таково, что может быть установлено признанием ответчика. Например, если одно лицо заявляет, что другое лицо — его отец или его сын, или женщина утверждает, что такое-то лицо — ее отец, или мужчина или женщина отыскивают право виля, или мужчина или женщина заявляют о том, что состоят с известным лицом и браке, в каковых случаях, если ответчик признает родство, виля или брак, то обстоятельства эта признаются установленными, и если ответчик откажется дать присягу, то это (согласно обоим ученикам) равносильно признанию. Иначе бывает, когда женщина утверждает, что известное лицо — ее сын, так как в этом случае родство зависит от другого, а потому как признание ответчика, так и отказ его дать присягу не имеют никакого значения.

Случай требования возмездия. Если одно лицо заявляет, что имеет над другим право возмездия, а ответчик отвергает это, то (по мнению всех наших ученых) ему должна быть предложена присяга. Если он откажется дать ее, а право возмездия касается частей тела, то он должен подчиниться этому праву; если же дело идет о жизни, то он должен быть подвергнут заключению до тех пор, пока не учинит признания или не даст очистительной присяги. Таково учение Абу Ханифы. Оба ученика того мнения, что в обоих случаях следует наложить штраф, потому что, хотя отказ дать присягу равносителен признанию, но оно, однако, не вполне достоверно (как уже было объяснено), а потому не может установить право на возмездие. Поэтому налагается имущественный штраф, в особенности когда препятствие к возмездию возникает из обстоятельства, касающегося лица, подлежащего возмездию; например, когда мститель за кровь заявляет об умышленном убийстве, а ответчик признает случайное убийство. Абу Ханифа доказывает, что члены человеческого тела рассматриваются как собственность, а потому уступка их допустима как уступка собственности, потому что, если бы кто-либо сказал другому: «Отруби мою руку», и он исполнил бы это, то не был бы обязан ни к какому вознаграждению; из чего ясно, что уступка эта законна, хотя человеку и не дозволено отрубить руку¹, так как это не доставит ему

¹ Другими словами — принять дарение или уступку.

никакой пользы. Словом, уступки в отношении частей тела допустимы, но не в отношении всего тела; а так как отказ дать присягу в случаях возмездия, касающихся частей тела, есть полезная уступка (цель ее — прекратить спор), то отсюда следует, что отнятие руки в этом случае полезно как ампутация члена при гангрене или удаление зуба при сильной боли.

Когда свидетели истца могут быть призваны, то ответчик должен дать поручительство в своей явке в течение трех дней. Если истец утверждает, что «его свидетели в городе», то от ответчика следует потребовать поручительства в том, что он явится в течение трех дней, чтобы он не скрылся и таким образом не уничтожил права истца. В данном случае требование поручительства от ответчика немедленно после заявления истца основано на благоприятном толковании закона, так как требование это выгодно для истца и материально не убыточно для ответчика. Причина требования та, что ответчик обязан явиться в суд с момента предъявления иска (поэтому немедленно посылается кто-либо пригласить его); а так как взятие поручительства может воспрепятствовать ему скрыться со всем имуществом, то взятие такового и дозволено законом. Упомянутый выше трехдневный срок предложен Абу Ханифой и общепринят. При взятии поручительства не делается различия (по «Захири-Риваяту») между известным и неизвестным лицом, между требованием большой и малой суммы.

Но если свидетели не могут быть призваны, то нельзя требовать от ответчика поручительства. Однако для истребования поручительства в явке необходимо заявление истца о том, что «его свидетели находятся в городе», и если бы истец сказал: «Я не имею свидетелей» или: «Мои свидетели вне города», то не следует требовать от ответчика поручительства, так как оно бесполезно¹. Поэтому, если ответчик в данном случае на предложение дать поручительство согласится на это, то хорошо; если же он откажется, то казий должен предложить истцу следить и наблюдать за ответчиком для предохранения своего права; за исключением, однако, случая, когда окажется, что ответчик — путешественник или собрался в путь. Тогда истец может следить за ним только пока он находится в заседании казия; и если бы он при таких обстоятельствах взял поручительство в его явке, то таковое распространяется только на время до окончания заседания казия, потому что, если бы поручительство или наблюдение распространялись на более продолжительный период, то это причинило бы ущерб ответчику, препятствуя ему продолжить путешествие; ограничиваясь же временем заседания, они не заключают в себе видимого неудобства. Особенности наблюдения за ответчиком будут изложены при объяснении запрещений.

Раздел. О способе дачи и требования присяги

Присяга должна быть дана во имя Господа. Присяга не заслуживает веры, если дается не именем Господа, потому что Пророк сказал: «Кто дает присягу, пусть дает ее именем Господа, в противном случае пусть вовсе не присягает» и затем: «Тот, кто дает присягу иначе, чем именем Господа, тот несомненно язычник».

¹ Потому что истец, не имея свидетелей, не может доказать иска.

И казий должен произносить слова ее. Казий обязан пригласить присягающего подкрепить клятву перечислением атрибутов Господа. Так, например, он должен предложить ему произнести: «Клянусь Господом, единым, истинным Богом, которому известно скрытое и явное, что ни я, ни кто-либо другой за меня не должен Омару суммы, которую он требует ниже части ее». Казий может добавить или сократить приведенную клятву по своему усмотрению, но он не должен доводить свою заботливость до того, чтобы заставлять повторить присягу, так как нет необходимости присягать более одного раза. Если кто-либо клялся «Богом, благим, всеблагим», то это рассматривается как три присяги, но если две последние части присяги пропускаются, то остается одна только присяга. Следует заметить, что от казия зависит усилить присягу или потребовать, чтобы ответчик просто поклялся Богом. По мнению некоторых, не следует усиливать присяги для тех, кто известен своей добродетелью, но для всех других усиление необходимо. Другие говорят, что усиление необходимо в делах большой ценности, но не в незначительных исках.

Клятва разводом или отпущением на волю недопустима. Ответчик не должен клясться разводом или отпущением на волю (например: «Если предъявленный против меня иск правилен, то пусть моя жена будет разведена» или: «Пусть мой раб будет свободен») ввиду вышеприведенного предания. Некоторые, однако, утверждают, что если истец настойчиво станет требовать, то казий может допустить ответчика поклясться разводом или отпущением на волю, ибо в наше время многие не задумываются клясться Богом, но, тем не менее, уклоняются от клятвы отпущением на волю или разводом.

Евреи должны клясться Пятикнижием, а христиане — Евангелием. Казий должен приводить еврея к присяге, заставляя его говорить: «Клянусь Богом, который дал Моисею Пятикнижие», а христианина словами: «Клянусь Богом, ниспославшим Евангелие Иисуса», потому что Пророк в одном случае привел еврея к присяге, говоря ему: «Я желаю, чтобы ты поклялся Богом, давшим Моисею Пятикнижие, что таков закон относительно блудодеяния в вашей книге», а также потому, что евреи верят в божественную миссию Моисея, а христиане — в божественную миссию Иисуса Христа. Поэтому при приводе их к присяге необходимо усиливать таковую указанием на книги, полученные через посредство их пророков.

Язычники должны клясться Богом. Казий должен приводить к присяге маджуса, говоря ему: «Клянусь Богом, сотворившим огонь». Так предписывает имам Мухаммад в «Мабсуте», но об Абу Ханифе передается в «Навадире», что он никогда не приводил к присяге иначе, как именем Бога. Кроме того, Хасаф передает, что Абу Ханифа никогда не приводил к присяге кого-либо, за исключением христиан и евреев, иначе, как именем Бога, ибо при сопоставлении огня с именем Бога огню оказывается уважение, которого он не заслуживает, в противоположность Ветхому и Новому Завету, так как книги эти даны Богом, а потому заслуживают уважения. Это учение принято некоторыми из наших современных ученых. Идолопоклонник может быть приведен к присяге не иначе, как именем Бога, потому что все неверные верят в Бога, как явствует из следующего изречения Корана: «Если ты спросишь их (неверных), кто сотворил вас, то они, без сомнения, ответят: «Всемогущий Бог».

Казий не должен приводить неверных к присяге в почитаемых ими местах. Неверные не могут быть приводимы к присяге в почитаемых ими местах, так как казию воспрещается вступать в эти места.

Присяга мусульман не нуждается в усилении путем дачи ее в известное время и в известном месте. Нет необходимости, приводя мусульман к присяге, усиливать такую выбором для нее известного времени и места (например, приводом к присяге в пятницу или в мечети), потому что смысл присяги заключается в уважении к тому, от чьего имени она дается, а уважение это не зависит ни от времени, ни от места. Кроме того, если бы было необходимо усиливать присягу мусульман временем и местом, то это было бы сопряжено с неудобством для казия, который должен являться для привода к присяге к известному времени и в известное место, а закон не подчиняет таким неудобствам, в особенности когда от них не зависит осуществление права или правосудия.

Случаи, в которых присяга ответчика должна относиться к основанию иска и к предмету его. Когда одно лицо утверждает, что купило у другого раба за тысячу дарагимов, а продавец отрицает это, то в таком случае последний должен присягнуть так: «Клянусь Богом, что в настоящее время совершенно не существует договора продажи между мной и истцом», а не так: «Клянусь Богом, что я не продал и т.д.», потому что часто случается, что продажа совершена, а затем наступает недействительность договора. В случаях незаконного завладения необходимо, чтобы ответчик присягнул в присутствии истца таким образом: «Я не должен ни одной части того, что, по твоим словам, я у тебя отнял», а не так: «Я не завладел и т.д.», потому что предмет, которым кто-либо завладел, часто уступается ему собственником по договору продажи или в виде дара. В делах брачных необходимо, чтобы ответчик присягнул в том, что «в настоящее время не существует брака между мной и истцом», потому что брак часто расторгается хульа. В случаях развода муж должен присягнуть, что «эта женщина в настоящее время не разведена со мной окончательно тем способом, о котором она говорит», а не вообще в том, что «он не развелся с ней», потому что после полного развода часто заключается новый брак. Таким образом, во всех этих случаях казий должен приводить ответчика к присяге относительно предмета иска, а не основания его, так как если бы присяга касалась основания иска, то это служило бы во вред ответчику. Изложенное здесь согласно с мнением имамов Абу Ханифы и Мухаммада. Абу Юсуф того мнения, что во всех этих случаях казий должен приводить ответчика к присяге по отношению к основанию иска (разве ответчик положительно потребует противное); потому что, например, договоры продажи иногда заключаются, а затем расторгаются; разводы иногда совершаются, а за ними следует возобновление брака; захваченная вещь иногда уступается захватчику в виде дара или по договору продажи: посему следует приводить к присяге относительно основания иска. По мнению некоторых, казий должен руководствоваться возражениями ответчика; другими словами, если ответчик оспаривает основание иска, то пусть присяга относится к основанию; если же он оспаривает предмет иска, то пусть и присяга относится к этому предмету. Следует заметить, что (согласно имамам Абу Ханифе и Мухаммаду) присяга всегда должна относиться к предмету, когда основание иска такого рода, что мо-

жет быть заменено другим основанием; за исключением, однако, тех случаев, когда, относя присягу к предмету, мы можем повредить законным интересам истца, ибо в этих случаях присяга (по мнению всех наших ученых) должна относиться к основанию иска. Так, если вполне разведенная жена предъявит к своему мужу иск о содержании, а муж не признает себя обязанным давать ей таковое ввиду своей принадлежности к секте имама Шафии, или если собственник дома или земли предъявит к покупщику соседней собственности по праву шифат иск о праве преимущественной покупки, а покупщик, принадлежа к секте имама Шафии, не признает иска, то в этих случаях (по мнению всех наших ученых) присяга должна относиться к основанию, ибо хотя ответчик не мог бы отрицать под присягой основание или обстоятельства дела, но он может отрицать под присягой предмет его; другими словами, он может оспаривать правильность иска как основанного на этих обстоятельствах; посему, если бы присяга относилась к предмету, то она, очевидно, была бы во вред истцу. С другой стороны, если основание иска по природе своей не может быть устранено другим основанием, то присяга ответчика (по мнению всех наших ученых) должна относиться к основанию. Так, если раб-мусульманин будет утверждать, что он был отпущен на волю, а хозяин его отрицает это (так как по закону мусульманин, раз отпущенный на волю, не может снова стать рабом), то присяга хозяина должна относиться к основанию; другими словами, он должен положительно присягнуть в том, «отпустил ли он когда-либо этого раба на волю или нет?» Иначе поставлен вопрос в отношении рабы-мусульманки или неправового раба, потому что и та, и другой могут снова стать рабами после отпущения их на волю: раба — в том случае, если после отпущения она отступит от веры и уйдет в чужую страну, раб — тогда, когда по отпущении на волю нарушит обязательство верности и удалится в страну врагов.

В случае наследства присяга ответчика должна относиться к его сознанию. Если кто-либо приобретет право собственности на раба по наследству, а другой предъявит иск о том же рабе, то присяга ответчика должна относиться к его сознанию, то есть он должен присягнуть, что ему неизвестно, чтобы спорный раб принадлежал истцу; не будучи знаком с делами наследодателя, он не может положительно присягнуть в том, что упомянутый раб не составляет собственности истца; между тем как, приобретая раба покупкой или в виде дара, он мог бы положительно удостоверить присягой свое право собственности, так как дарение и покупка служат основанием приобретения права собственности.

Если ответчик заключит с истцом мировую сделку, то от него нельзя впоследствии требовать присяги. Если кто-либо предъявит к другому лицу иск и ответчик станет оспаривать таковой, но затем даст истцу десять дарагимов, в виде ли отступного от присяги или в виде вознаграждения за отказ от иска, то такое отступное или вознаграждение действительны, по преданию, касающемуся Омара, и истец не вправе впоследствии требовать от ответчика присяги, потому что он сам уничтожил свое право.

*Глава III***О ТАГАЛИФЕ, ИЛИ ОБОЮДНОЙ ПРИСЯГЕ
ИСТЦА И ОТВЕТЧИКА**

В случае разногласия между продавцом и покупщиком и неимения у них доказательств они оба должны дать присягу. Если между продавцом и покупщиком возникнет разногласие: покупщик будет утверждать, что цена купленного была в сто даргимов, а продавец — что цена была выше, или если продавец признает, что продал столько-то, а покупщик заявит, что купил больше, то в этом случае, если один из них представит доказательства в подтверждение своих заявлений, казий должен постановить решение в его пользу, потому что доказательства сильнее простых заявлений. Если, далее, каждый из них представит доказательства в подтверждение своих заявлений, тогда следует отдать предпочтение доказательствам той стороны, которая требует большего, потому что цель доказательства есть установление известного обстоятельства; но относительно излишка (требуемого) в показаниях свидетелей нет противоречия. Если продавец и покупщик не согласны как относительно цены, так и относительно предметов, то предпочтение отдается доказательствам продавца относительно цены и доказательствам покупщика относительно предметов. Если, однако, ни продавец, ни покупщик не имеют доказательств, то казий должен сказать покупщику: «Если ты признаешь цену, требуемую продавцом, то хорошо; если же нет, то я объявлю договор недействительным», а продавцу: «Если ты не оспариваешь количества вещей, указываемого покупщиком, то хорошо; если да, то я объявлю договор недействительным», потому что цель процесса — прекратить спор, и представляется вероятным, что такое обращение казия к сторонам восстановит мир, так как стороны, может быть, не пожелают уничтожения договора, а потому, зная, что если не придут к соглашению, договор будет объявлен уничтоженным, они постараются уладить спор. Если, однако, они и тогда не придут к соглашению, то казий должен заставить их подтвердить их возражения присягой. Эта обоюдная присяга, до вступления во владение проданным предметом, может быть объяснена по аналогии, потому что продавец требует большей цены, которую покупщик не признает, в то время как, с другой стороны, покупщик требует от продавца передачи вещей за ту сумму, которую он уплатил, на что продавец не соглашается. Посему каждый из них является ответчиком, а отсюда и присяга должна быть требуется от каждого. Действительно, после передачи вещей покупщику обоюдная присяга не оправдывалась бы уже аналогией, потому что покупщик, получив купленное, не имел бы более никакой претензии; в этом случае остается одно требование продавца об излишке цены, а потому присяга может быть дана одним покупщиком, являющимся ответчиком. Кажется, однако, по буквальному толкованию, что в этом случае следует требовать присягу от обоих, потому что Пророк сказал: «Когда возникнет спор между покупщиком и продавцом и предмет продажи находится налицо, то в этом случае следует каждого привести к присяге, и затем покупщик должен возвратить продавцу купленное имущество, а продавец покупщику — цену такового». Следует заметить, что в случа-

ях обоюдной присяги покупатель присягает первый. Учение это согласуется с последующим мнением обоих учеников, а также, отчасти, Абу Ханифы; оно же наиболее распространено, потому что возражение покупателя имеет самое важное значение, так как сперва от него требуется уплата цены, а также потому, что в случае его отказа дать присягу на него прямо возлагалась бы обязанность уплатить цену купленного, между тем как, если бы продавец сперва давал присягу, все-таки не представлялось бы возможности обязывать его к выдаче вещей до получения им цены таковых. Если бы между сторонами возник спор при продаже одной взамен другой (то есть при договоре мены) или при продаже в виде сарфа, то казий, по своему усмотрению, может привести сперва к присяге продавца или покупателя, потому что в этом случае положение обоих одинаковое.

Формулы присяги продавца и покупателя. Формулы присяги, в случае спора между продавцом и покупщиком, следующие. Продавец говорит: «Клянусь Богом, я не продал спорную вещь за тысячу дарагимов», а продавец: «Клянусь Богом, я не купил ее за две тысячи дарагимов». Имам Мухаммад в «Зиадате» говорит: «Пусть продавец клянется Богом: «Я не продал этого за тысячу дарагимов, но за две тысячи» и пусть покупатель клянется Богом: «Я не купил этого за две тысячи дарагимов, но за одну». Другими словами, отрицание и утверждение должны быть соединены для избежания всякого недоразумения. Однако, по более распространенному учению, достаточно отрицательной присяги, потому что присяга истекает из отрицания, как явствует из предания относительно Киссамита¹, которое гласит, что Пророк предложил киссамитскому племени поклясться Богом, что «они не совершили убийства и не знают убийцы».

Когда обе стороны присягнут, то договор продажи должен быть расторгнут по приказу казия. Если как продавец, так и покупатель при споре дадут присягу, то казий должен расторгнуть договор продажи. Таково решение имама Мухаммада, из которого явствует, что обоюдная присяга сама по себе недостаточна для расторжения договора, так как ввиду недоказанности заявлений сторон вопрос остается нерешенным. Посему казий должен расторгнуть договор как для того, чтобы прекратить спор, так и потому, что при неустановленности цены продажа лишена эквивалента; а такая продажа, как недействительная, должна быть расторгнута, ибо существенно необходимо, чтобы все недействительные продажи были расторгнуты.

Продавец или покупатель, отказывающийся от присяги, проигрывает дело. Если при споре между покупщиком и продавцом один из них отказывается дать присягу, то направленные против него требования другого считаются доказанными, потому что этим отказом одна сторона уступает другой спорный предмет; так как из того, что его (отказывающегося от присяги) заявления теряют способность парализовать заявления противной стороны, следует, что он присоединяется к заявлениям последней.

Стороны не должны быть приводимы к присяге, когда спор их касается предмета, не существенного для заключенного ими договора. Если стороны не согласны относи-

¹ Имя одного из арабских округов или племен, где, вероятно, был убит один из учеников Пророка.

тельно срока, назначенного для уплаты цены, или относительно выбора предмета, или относительно произведенной уплаты части покупной цены, то ни в одном из этих случаев стороны не должны присягать, потому что спор касается несущественных принадлежностей договора. Этот спор имеет сходство со спором относительно уменьшения или дарения цены; другими словами, если между продавцом и покупщиком возникнет спор относительно сложения части или всего платежа, то они не приводятся к присяге; так и в рассматриваемом случае. Все сказанное здесь объясняется тем, что спор во всех приведенных случаях касается обстоятельства, которое, будучи уничтожено или устранено, не оказало бы влияния на существование договора продажи. Другое дело, когда спор касается монет, которыми должен быть учинен платеж (например, бухарскими или багдадскими дарагимами), или рода монет (например, дарагимами или динарами), потому что спор этот равносителен спору о самой цене, в каковых случаях дается присяга, по той причине, что род и вид монет, в которых уплачивается цена, неотделимы от самого существа ее, ибо цена есть долг покупщика, а долг определяется лишь указанием на монеты, в которых он должен быть уплачен. Напротив, срок, назначенный для платежа, не имеет такого же значения, потому что не есть вид его; почему цена и продолжает существовать неизменно по истечении обещанного срока платежа.

В спорах, касающихся несущественных условий договора, следует давать веру заявлению возражающего лица. Если между продавцом и покупщиком возникнет спор относительно условий выбора или срока платежа, то следует давать веру заявлению возражающего лица (арабское «мункир»), подкрепленному присягой, потому что предоставление права выбора и продление срока платежа суть случайные условия в договоре продажи¹; а по отношению к таким условиям следует отдавать предпочтение заявлениям возражающего лица.

Стороны не приводятся к присяге, когда имущество погибнет в руках покупщика. Если после уничтожения предмета продажи в руках покупщика между ним и продавцом возникнет спор о цене, то в этом случае (по Абу Ханифе и Абу Юсуфу) стороны не приводятся к присяге, но дается вера заявлению покупщика. Имам Мухаммад утверждает, что обе стороны должны присягнуть, и затем продажа расторгается с возвращением стоимости утраченного имущества; то есть покупщик должен возместить продавцу стоимость имущества, продавец же возвращает покупщику полученную им цену. Таково же учение имама Шафии. Подобное разногласие существует в случаях, когда предмет продажи был отчужден покупщиком посредством дарения и т.п. или если он находится в таком виде, что возвращение его продавцу вследствие какого-либо недостатка его не могло бы иметь места. Доказательства имамов Мухаммада и Шафии в подтверждение их мнения заключаются в том, что каждая сторона утверждает существование договора, не сходного с договором, существование которого утверждает противная сторона, следовательно, каждая из них отрицает заявление другой.

¹ То есть впоследствии присоединенные к договору.

Возражение. Выгода привода к присяге обеих сторон заключается в том, что договор продажи расторгается и проданная вещь возвращается покупщиком продавцу, а цена ее — продавцом покупщику. Но цель эта не может быть достигнута после уничтожения предмета продажи, а потому учение имама Мухаммада о приводе к присяге обеих сторон не представляет упомянутой выгоды.

Ответ. Выгода заключается в том, что покупатель освобождается от платежа излишка цены в случае, если бы продавец отказался от присяги, так же, как покупатель принуждается к такому платежу, если бы он сам отказался от присяги. Поэтому обе стороны приводятся к присяге так же, как если бы после уничтожения проданной вещи между ними возник спор относительно монет, которыми следовало платить (то есть дарагими или динарами). После присяги покупатель должен уплатить продавцу стоимость имущества, а продавец покупщику — цену ее. Доводы Абу Ханифы и Абу Юсуфа в подкрепление их учения о сем предмете — двоякого рода. Во-первых, присяга обеих сторон после передачи купленного имущества не согласна с аналогией, потому что в этом случае покупатель получил все то, чего он требует. Сверх того, обоюдная присяга предписывается законом только в случаях, когда предмет продажи — цель и находится налицо, чтобы продажа могла быть расторгнута; но этого нельзя достигнуть, когда проданный предмет уничтожен. Поэтому присяга сторон после уничтожения имущества не есть та обоюдная присяга, о которой говорит закон. Во-вторых, в рассматриваемом случае цель продажи (именно — полное приобретение покупщиком имущества) достигнута; по достижении же цели разногласие относительно орудия (то есть договора продажи) не имеет значения. Кроме того, выгода, указываемая имамом Мухаммадом, весьма незначительна, ибо важны лишь выгоды, вытекающие из договора продажи, а упомянутая выгода не вытекает из этого договора. Все изложенное до сих пор относится к денежному долгу. Если, однако, долг состоит в известных предметах, например, в одежде, то обе стороны приводятся к присяге, согласно мнению всех наших ученых, потому что предмет продажи еще существует (ибо цена, когда она состоит в определенных предметах, может быть рассматриваема как предмет продажи). После дачи обеими сторонами присяги продажа должна быть расторгнута: продавец должен возратить покупщику уплаченную цену, а покупатель продавцу однородный с купленным предмет, если только куплен предмет, который может быть заменен; или, другими словами, он должен уплатить стоимость его.

Случай спора относительно цены двух рабов, когда один из них умер. Если кто-либо продаст двух рабов по одному договору, затем один из них умрет, а между сторонами возникнет спор о цене, причем продавец будет утверждать, что она была в две тысячи дарагимов, а покупатель — в одну тысячу, то в этом случае (по Абу Ханифе) стороны не должны присягать; напротив, следует дать веру показанию покупателя, предполагая, что продавец не соглашается получить цену оставшегося в живых раба и отказаться от цены умершего раба. В «Джами-ус-Сагире» передается, что, согласно Абу Ханифе, дается вера заявлению покупателя, если продавец не соглашается получить цену оставшегося в живых раба. Абу Юсуф утверждает, что обе стороны должны присягнуть относительно живого раба, что продажа, поскольку она касает-

ся его, расторгается; что относительно умершего раба следует дать веру заявлению покупателя и что поэтому покупатель ответствен за цену умершего раба, а не за всю цену. С другой стороны, имам Мухаммад утверждает, что обе стороны должны присягнуть относительно обоих рабов и что затем покупатель должен возвратить живого раба и стоимость умершего, ибо из того, что (по его мнению) уничтожение целого предмета не предупреждает присяги обеих сторон, следует, что уничтожение части его и подавно не может предупредить ее. Абу Юсуф доказывает, что, так как препятствие к присяге обеих сторон заключается только в уничтожении предмета продажи, то оно и должно действовать лишь в той мере, в какой произошло уничтожение. Абу Ханифа рассуждает, что присяга обеих сторон, хотя и не согласная с аналогией, установлена, однако, законом в случаях, когда предмет продажи существует еще в целом объеме, но когда часть его уничтожена, то он уже не существует в полном объеме, потому что такое существование предполагает существование целого, а целое может существовать лишь при наличии всех частей. Если бы, с другой стороны, обе стороны должны были присягать относительно одного оставшегося живых раба, то, очевидно, этого можно достигнуть лишь ссылкой на отдельную стоимость его. Но так как оба раба проданы за одну общую цену, то отдельная стоимость каждого может быть указана лишь предположительно, то есть присяга обеих сторон при таких обстоятельствах относилась бы к неопределенному предмету, а это незаконно. Если, однако, продавец соглашается отказаться от своего права на умершего раба и смотреть на него как на нечто совершенно не существовавшее, то обе стороны могут присягнуть в подтверждение возражения каждой против требования другой относительно полной цены обоих рабов, потому что тогда вся цена противопоставляется оставшемуся в живых рабу ввиду согласия продавца принять последнего взамен всей цены и считать умершего раба исключенным из договора.

Изложенное здесь согласно с мнением многих современных ученых. По их же объяснению, изречение в «Джами-ус-Сагире» означает, что продавец не должен во что бы то ни стало получить что-либо за умершего раба, и они привели исключение в связи с запрещением присяги обеих сторон. По объяснению, однако, других из наших современных толкователей, изречение это означает, что продавец должен согласиться принять, как цену за умершего раба, только то, что признает покупатель, и ничего более. По их мнению, изречение это означает, что продавец может взять оставшегося в живых раба без необходимости присяги со стороны покупателя, если только он согласен получить за умершего раба то, что он стоил по признанию покупателя.

Способ дачи сторонами присяги в этом случае. Способ дачи сторонами присяги в этом случае (по имаму Мухаммаду) тот же самый, как в случае несуществования предмета продажи. Поэтому, если обе стороны принимают присягу и дают различные показания и если одна сторона или обе требуют расторжения договора, то казий должен расторгнуть его и приказать продавцу возвратить живого раба и стоимость умершего; причем при определении стоимости умершего раба дается вера показанию продавца. Существует, однако, разногласие при изложении нашими современными толкователями учения Абу Юсуфа о способе дачи сторонами присяги в этом

случае. Наиболее часто продавец присягает в том, что «он не купил этих двух рабов за требуемую продавцом цену», причем в случае отказа покупателя дать присягу удовлетворяется требование продавца. Но если покупатель даст присягу, как сказано выше, то продавцу предлагается присягнуть в том, что «он не продал этих двух рабов за указываемую покупщиком цену»; и если он откажется присягнуть, то следует удовлетворить требование покупателя; но если он даст присягу, то продажа (относительно оставшегося в живых раба) должна быть расторгнута, и покупатель становится ответственным за цену живого раба. При определении цены каждого из рабов следует обращать внимание на стоимость их в момент вступления покупателя во владение ими. Если бы между сторонами возникло разногласие относительно стоимости, которую умерший раб имел в день передачи, то следует отдать предпочтение простому заявлению продавца перед заявлением покупателя. Если, однако, одна из сторон представит доказательства, то таковые должны быть приняты преимущественно перед заявлением противной стороны, а если обе стороны представят доказательства, то принимаются доказательства продавца. Это соответствует аналогии и подкреплено одним из приведенных в «Мабсуте» случаев, из которого следует, что если лицо, купившее двух рабов по одному договору, вступит во владение ими обоими, а затем возвратит одного из них вследствие недостатка, а другой раб умрет, то он должен уплатить цену умершего раба, но освобождается от платежа цены возвращенного раба; при определении же цены рабов следует обращать внимание на стоимость каждого из них в день передачи их покупщику. Если стороны не согласны относительно стоимости умершего раба, то дается вера заявлению продавца, так как он является ответчиком, или лицом возражающим, ибо обе стороны согласны в том, что цена не уплачена, и покупатель, основываясь на своем заявлении о низшей стоимости умершего раба, утверждает, что он должен лишь незначительную сумму, против чего возражает продавец, утверждая, что умерший раб имел высшую стоимость. Если обе стороны представят доказательства, то предпочтение отдается доказательствам продавца, так как ими доказывается больше, а именно — излишек стоимости умершего раба. Причина этого та, что при даче присяги обращается внимание на действительность, ибо ввиду того, что присяга каждой из сторон противоположна присяге другой стороны и каждой стороне известно действительное положение вещей, основание присяги должно покоиться на действительном положении данного случая; но так как продавец есть действительный ответчик, то его присяге и должно дать веру. Напротив, при даче свидетельских показаний обращается внимание на видимость, ибо ввиду того, что свидетели не знакомы с действительным положением вещей, следует дать веру тем из показаний, которые более очевидны, но продавец, очевидно, является в этом случае истцом, так как он требует большую цену за умершего раба. Посему представленным им доказательствам следует дать предпочтение, так как они имеют преимущество ввиду излишка достоверности. Из приведенного можно вывести начало, на котором Абу Юсуф основал свое учение о том, что «следует допустить заявление продавца относительно цены умершего раба, и приведенному им доказательству следует отдать предпочтение в случае, если обе стороны продолжают спорить о цене умершего раба, после дачи им присяги».

Случай спора о цене при расторжении договора продажи после передачи предмета его. Если кто-либо купит рабу и примет ее во владение, а затем стороны согласятся расторгнуть договор продажи, но станут спорить о цене, то обе должны присягнуть, после чего восстанавливается первоначальная продажа, а соглашение о расторжении ее становится недействительным. Следует заметить, что присяга обеих сторон при расторжении продажи не основана на священных книгах, так как содержащееся там предписание касается случая существующей продажи, но продажа перестает существовать в случае расторжения ее, ибо расторжение есть разрушение продажи по отношению к сторонам. Поэтому обоюдная присяга основана на аналогии, а именно — на предположении, что продавец не получил обратно предмета продажи после расторжения ее, в каком случае обоюдная присяга не противоречит аналогии, а скорее согласна с ней. Это же основание применяется в случаях найма ввиду аналогии их со случаем продажи до передачи (например, когда между хозяином и арендатором возникнет спор о предмете их договора до истечения срока аренды, в каком случае обе стороны присягают ввиду аналогии с продажей до передачи проданного предмета покупщику). То же начало применяется к наследнику договорившейся стороны ввиду аналогии между его положением и положением самой стороны (например, в случае спора между наследником покупщика и наследником продавца, когда они оба должны присягнуть как должны были бы присягнуть сам покупщик и продавец). На этом же основании мы устанавливаем, что стоимость предмета соответствует его качествам в случае уничтожения предмета продажи, находящегося во владении продавца, по вине третьего лица, а не покупщика (например, когда кто-либо убьет предмет продажи¹), до передачи его продавцом покупщику, в каком случае убивший должен заплатить стоимость, заменяющую тогда самый проданный предмет. Отсюда, если продавец и покупщик спорят о цене, то они оба должны присягнуть, а продажа должна быть расторгнута, и продавцу следует отдать стоимость так же, как ему отдан был самый предмет, если бы он существовал. Следует, однако, заметить, что если продавец получит предмет после расторжения продажи, а затем между ним и покупщиком возникнет спор о цене, то, по Абу Ханифе и Абу Юсуфу, они не должны присягать. Имам Мухаммад утверждает, что и в этом случае сторонам предлагается тагалиф, или обоюдная присяга, потому что и здесь (по его мнению) присяга согласна с аналогией.

Когда цена была уплачена вперед и стороны согласятся расторгнуть договор, но спорят относительно уплаченной вперед суммы, то следует дать веру утверждению продавца. Если кто-либо купит кур² пшеницы по договору саям за десять дарагимов, а затем стороны согласятся расторгнуть этот договор, но станут спорить о цене, то следует дать веру заявлению продавца, получившего цену вперед; договор саям не восстанавливается и расторжение остается в силе, потому что расторжение в случае продажи в виде саям есть не только разрушение договора, но отмена его, вследствие

¹ Предполагая, что продан раб или животное.

² 12 верблюжьих вьюков.

чего договор саям не может быть восстановлен (в противоположность расторжению простого договора продажи). Отсюда, если уплаченная вперед цена состоит в вещах и лицо, получившее цену вперед, желает возвратить эти вещи покупщику ввиду недостатка их и казий постановит в этом смысле решение с согласия обеих сторон, то, если вещи будут уничтожены до возвращения их покупщику, договор саям не восстанавливается. Простой договор продажи был бы, однако, восстановлен при таких обстоятельствах; и случай этот вполне доказывает, что существует разница между договором продажи и договором саям.

Случай спора между мужем и женой о приданом. Если муж и жена спорят о приданом или брачном снаряжении, причем муж утверждает, что оно было в тысячу дарагимов, а жена — в две тысячи дарагимов, то следует верить стороне, которая представляет доказательства, ибо ими устанавливается заявление этой стороны; если же обе стороны представляют доказательства, то принимаются доказательства жены, так как ими доказывается больше. Это в том случае, когда махри-мисль жены менее того, что она требует. Если же ни одна из сторон не представит доказательств, то они должны присягнуть (согласно Абу Ханифе), но договор не расторгается, потому что единственное последствие присяги в этом случае заключается в том, что она уничтожает сделку в отношении приданого так же, как если бы сделки совершенно не существовало; но это не возбуждает сомнения относительно самого брака, так как приданое есть не существенная, а лишь второстепенная принадлежность брачного договора. Другое дело в случае продажи, потому что там уничтожение сделки относительно цены разрушает договор (как замечено выше) и, следовательно, продажа расторгнута. В рассматриваемом случае после присяги сторон женщине должно быть присуждено соразмерное приданое. Если, с другой стороны, соразмерное приданое жены и признанная мужем сумма равны или если ее соразмерное приданое менее того, что он признает, то казий должен постановить решение в пользу мужа, так как видимые обстоятельства на его стороне. Если соразмерное приданое жены равно тому, что она требует, или более ее требований, то казий должен постановить решение в ее пользу. Если соразмерное приданое более того, что признано мужем, и менее того, что требует жена, то казий должен присудить соразмерное приданое жене, потому что после присяга обеих сторон не установлена ни большая, ни меньшая сумма, чем соразмерное приданое, которое и составляет среднюю величину. Автор «Хидоя» замечает, что изложенное здесь учение об обоюдной присяге сторон и о присуждении соразмерного приданого есть учение Кархи и что оно основано на том начале, что при существовании выговоренного приданого не обращается внимание на собственное или соразмерное приданое, а так как обоюдная присяга сторон есть средство устранить оное, то присяга эта и предлагается сторонам во всех приведенных случаях, независимо от того, равно ли соразмерное приданое требованиям жены или больше их, равно ли оно или меньше требований мужа. По мнению имамов Абу Ханифы и Мухаммада, к присяге следует сперва привести мужа, чтобы скорее достичь выгоду, проистекающую из отказа его дать присягу, ибо ввиду того, что его дело первым представить приданое, он первый должен и присягнуть, так же, как при споре между продавцом и покупщиком первым присягает покупщик.

Если муж и жена спорят и приданом, причем муж утверждает, что он согласился дать известного раба, а жена — что он назначил известную рабу, то в этом случае правило то же, что и в предыдущем, то есть если собственное приданое жены равно или более стоимости раба, то казий решает в пользу мужа; но если оно равно или более стоимости рабы, то казий решает в пользу жены. Единственная разница между этим случаем и предыдущим заключается в том, что если стоимость рабы равна соразмерному приданому, то жена имеет право на стоимость, а не на саму рабу, потому что она не может владеть рабой без согласия своего мужа, которое в данном случае, как предполагается, не дано ей.

Случай спора между хозяином и арендатором об арендной плате или объеме аренды до передачи предмета договора. Если между хозяином и арендатором до передачи предмета договора (то есть до вступления арендатора в пользование арендованным имуществом) возникнет спор о размере арендной платы или об объеме аренды, то они оба должны присягнуть, после чего договор расторгается и обе стороны возвращают то, что ими получено. Причина здесь та, что обоюдная присяга относительно продажи в случае спора до передачи покупщику имущества соответствует аналогии, как уже было объяснено; но аренда до передачи арендованного имущества подобна продаже до передачи предмета ее (а именно таков рассматриваемый здесь случай). Поэтому, если стороны будут спорить о размере арендной платы, то сперва должен быть приведен к присяге арендатор, так как он оспаривает обязанность платить ренту. Если же спор идет об объеме предмета аренды, то сперва должен быть приведен к присяге хозяин. Если один из них откажется от присяги, то заявления другого считаются доказанными. Если один из них представит доказательства, то его требование установлено. Но если оба представят доказательства, то следует отдать преимущество доказательствам хозяина — в случае спора о размере арендной платы и доказательствам арендатора — в случае спора об объеме аренды. Если спор касается обоих пунктов, то следует дать веру доказательствам каждого, поскольку ими подтверждается излишек требований сторон. Например: хозяин утверждает, что арендный договор заключен на один месяц в сумме десяти дарагимов, а арендатор — что он заключен на два месяца в сумме пяти дарагимов; в этом случае казий должен признать, что договор заключен на два месяца в сумме пяти дарагимов.

Случай того же рода после передачи предмета договора. Если хозяин и арендатор спорят после передачи предмета договора, то они не приводятся к присяге, а дается вера показанию арендатора, по мнению всех наших ученых. По мнению Абу Ханифы и Абу Юсуфа, очевидно, потому, что они полагают, что уничтожение предмета договора есть препятствие к обоюдной присяге. По мнению имама Мухаммада, потому, что его учение о том, что уничтожение предмета договора не есть препятствие к обоюдной присяге, относится только к предмету продажи и основано на том начале, что предмет продажи может быть рассматриваем как цена и присяга обеих сторон (то есть покупателя и продавца) касается цены. Если бы правило об обоюдной присяге было допущено в рассматриваемом случае и договор был бы затем расторгнут, то отсюда следовало бы, что предмет аренды не может быть рассматриваем как цена, потому что предмет аренды есть пользование или выгода; но выгода сама по себе не

есть цена и не может быть рассматриваема как таковая иначе, как в силу договора; а в рассматриваемом случае договора, очевидно, не существует. Так как в этом случае обоюдная присяга невозможна, то следует дать веру заявлению арендатора, ибо он есть ответчик и лицо возражающее. Если, с другой стороны, хозяин и арендатор спорят после передачи части отданного в аренду имущества, то оба приводятся к присяге и договор расторгается по отношению к остальному времени. Что же касается истекшего времени, то по отношению к нему дается вера заявлению арендатора, потому что аренда есть договор, который возобновляется в каждую данную минуту, по мере продолжительности пользования. Таким образом, каждому моменту пользования соответствует новый договор. Иначе бывает в случае продажи, так как договор продажи соответствует целому предмету его, ввиду чего продажа, ставшая невозможной в части, считается разрушенной в целом.

Случай спора о выкупе. Если хозяин и его мукатаб спорят о размере выкупа, то они, по Абу Ханифе, не приводятся к присяге. По мнению обоих учеников, они должны присягнуть, а затем договор китабата расторгается (и таково же мнение имама Шафии), потому что договор китабата основан на обмене и может быть расторгнут. Поэтому рассматриваемый случай имеет сходство со случаем продажи, так как хозяин требует излишек выкупной суммы, который мукатаб не признает; с другой стороны, мукатаб требует признания его свободным по уплате им выкупа, по условию, которое хозяин оспаривает. Посему они до некоторой степени являются истцами и ответчиками, как в случае продажи, ввиду чего они оба должны присягнуть, так же, как покупатель и продавец в случае спора о цене. Абу Ханифа рассуждает, что выкуп противопоставляется устранению препятствия, действующему непосредственно по отношению к рабу, но он не противопоставляется свободе, пока мукатаб не уплатит его в действительности. Посему остается только разногласие относительно размера выкупа; а в этом отношении хозяин является только истцом, а мукатаб — только ответчиком (ибо здесь нет совпадения требования и возражения с каждой стороны, как в некоторых из вышеприведенных случаев); ввиду сего стороны не должны присягать, а следует дать веру показанию мукатаба, подкрепленному присягой.

В споре между мужем и женой относительно домашнего имущества спорный предмет присуждается той стороне, потребности которой он, по природе своей, служит. Если муж и жена спорят относительно предмета из домашнего имущества, причем каждый утверждает свое право на него, то в этом случае, если спорный предмет приспособлен для пользования мужчин, он присуждается мужу, а если для пользования женщин, то присуждается жене, потому что в первом случае вероятность на стороне мужа, а во втором — на стороне жены. Если, однако, предмет служит потребностям как мужчин, так и женщин (например, посуда), то он присуждается мужу, потому что сама женщина и все принадлежащее ей находится во владении мужа, а в исках отдается предпочтение заявлениям владельца. Правило это применимо к вещам, специально приспособленным к пользованию женщин, ибо, хотя вещи эти также находятся во владении мужа, но вероятность принадлежности их жене, по самой их природе, сильнее положения, вытекающего из владения, а потому берет над ним верх. Все

сказанное здесь предполагает действительное существование брака или разлучение между сторонами, в каковом случае закон один и тот же.

Если спор происходит между оставшимся в живых супругом и наследниками умершего супруга, то вещь должна быть присуждена пережившему супругу. Если, далее, одна из сторон умрет и наследники умершего вступят с пережившим супругом в спор относительно семейного имущества, то спорные вещи присуждаются супругу независимо от их природы, ибо факт владения пережившего супруга не подлежит сомнению. Таково мнение Абу Ханифы. Абу Юсуф утверждает, что всякая вещь, принадлежащая к собственному имуществу жены¹, будь она приспособлена к пользованию мужчины или женщины, должна быть присуждена жене, а все остальное должно быть присуждено мужу после того, как он подтвердит свое право собственности присягой, ибо ввиду предположения, что каждая женщина принесла с собой свое отдельное имущество, представляется вероятным, что указанные вещи находились в числе этого имущества; а эта вероятность разрушает выгодное положение мужа в качестве владельца, но относительно остального семейного имущества требования мужа как владельца представляются установленными, ибо ничто не разрушает предположения в его пользу. По мнению имама Мухаммада, все, что годно лишь для употребления мужчин, должно быть присуждено мужу; то, что годно лишь для женщин, присуждается жене; а то, что употребляется как мужчинами, так и женщинами, должно быть присуждено мужу и его наследникам, по указанной Абу Ханифою причине.

Если одна из сторон — раб, то вещь должна быть присуждена той стороне, которая свободна. Если в рассматриваемом случае одной из сторон является раб и спор о собственности возникнет при жизни обеих сторон, то вещь должна быть присуждена в пользу свободной стороны, потому что владение свободного лица имеет большую силу; но в случае смерти одной из сторон вещь должна быть присуждена оставшейся в живых стороне, так как владение умершего более не существует, а владению оставшегося в живых ничего не противопоставляется. Это мнение Абу Ханифы. Оба ученика утверждают, что привилегированный раб и мукатаб сравнены в этом отношении со свободными лицами, так как владение их действительно в спорных случаях.

Раздел. О лицах, не обязанных отвечать по искам

Не отвечает по иску лицо, которое приводит возражение о поклаже, закладе или овладении (спорным предметом), подкрепленное свидетельскими показаниями, если только лицо это не пользуется дурной славой. Если ответчик возражает тем, что «известное отсутствующее лицо отдало ему спорный предмет на сохранение» или «в заклад», или что «он сам овладел этим предметом, принадлежащим отсутствующему лицу», и представит свидетелей в подтверждение своего возражения, то между ним и истцом нет места спору или состязанию, так же, как и при возражении о том, что «известное отсутствующее лицо отдало ему вещь в аренду», с представлением в подтвержде-

¹ Арабское «джахиз», что означает всякого рода одежду и домашнее имущество, приносимые невестой в дом мужа.

ние сего доказательств, ибо в этих случаях свидетелями ответчика точно установлено, что находящийся в его владении предмет не есть предмет спора, так как ответчик владеет им как доверенное лицо. Ибн-Шабирма утверждает, что ответчик не освобождается от ответственности по иску вследствие доказанности поклажи, залога, овладения или аренды, ибо невозможно доказать право собственности отсутствующего лица, так как с его стороны нет никого, кто бы являлся стороной в процессе, а освобождение ответчика от ответственности по иску зависит от доказательства права собственности отсутствующего лица. С другой стороны, наши ученые доказывают, что представленные здесь свидетельские показания имеют в виду две цели: во-первых, установление права собственности отсутствующего лица, не имеющего представителя для предъявления своих прав, которые, следовательно, и не могут быть доказаны; во-вторых, отклонение требования истца; а так как последний является непосредственным противником в этом отношении, то, следовательно, отклонение это может быть достигнуто. Истец в этом случае похож на лицо, которому поручено мужем перемещение жены его, то есть если одно лицо поручает другому переместить жену и доставить ее к нему, а жена докажет свидетелями, что муж дал ей развод, то показания их должны быть допущены, поскольку необходимы для предупреждения перемещения ее представителем, но не в доказательство самого развода. Так и в рассматриваемом случае. Следует заметить, что в этом случае ответчик не освобождается от ответственности по иску на основании простой ссылки на отдачу вещи в залог, на сохранение и т.п. отсутствующим лицом до представления ответчиком доказательств своего заявления, ибо ответчик, очевидно, сам представляет противную сторону¹, так как он владеет предметом иска и ему противопоставляется требование истца, которое он и думает устранить вышеупомянутым заявлением. Поэтому заявление его может быть допущено только при доказанности его свидетельскими показаниями таким же образом, как если бы кто-либо сказал своему кредитору: «Я перевел свой долг на другое лицо», в каковом случае заявление его имеет силу только тогда, когда будет подкреплено доказательствами. Ибн-Аби-Лейлий того мнения, что ответчик — освобождается от ответственности непосредственно на основании его заявления. Окончательное мнение Абу Юсуфа заключается в том, что если ответчик лицо честное и не попался в обмане, то действует вышеизложенное правило; если же он заклемен в обманных действиях, то не освобождается от ответственности по иску, даже если представит доказательство в подтверждение своего заявления, ибо такое лицо иногда передает вещь, которой он незаконно завладел, например, путешественнику, для того, чтобы последний засим в присутствии свидетелей передал ему эту вещь как доверенному лицу; и делает он это для того, чтобы лишить действительного собственника его имущества. Поэтому, если ответчик — лицо, попадавшееся в обманах, то казий не должен принимать от него доказательства.

Или показание его свидетелей представляется недостаточным. Если бы свидетели ответчика показали: «Лицо, которое нам неизвестно, передало ему этот предмет

¹ То есть в одном отношении он сам может быть рассматриваем как истец.

как доверенному лицу», то ответчик не был бы свободен от ответственности по двум причинам: во-первых, возможно, что сам истец был неизвестным лицом; во-вторых, если бы свидетели указали это лицо, то истец мог бы выследить его и предъявить к нему иск, но так как они не указали его точным образом, то истец лишен возможности выследить его, и если бы при таких условиях ответчик был освобожден от ответственности, то истцу был бы причинен ущерб. Если бы, далее, свидетели показали: «Мы знаем указываемое лицо по наружности, но не знаем ни имени его, ни фамилии», то, по имаму Мухаммаду, действует то же правило, по второй из приведенных причин. Напротив, по мнению Абу Ханифы, ответчик в этом случае освобождается от ответственности, так как он доказал, что спорный предмет получен им в качестве доверенного лица от третьего лица, ибо ввиду того, что свидетелям известна наружность последнего (в противоположность предшествующему случаю), то владение ответчика не представляется уже спорным. В ответ на мнение имама Мухаммада можно также заметить, что или истец сам является причиной ущерба, который он несет, забыв, кто ответчик, или причиной ущерба являются свидетели ответчика, но не сам ответчик. (Этот случай называется махамза, или пятерным, по книге судебной, так как он дал повод к пяти различным мнениям, как здесь показано).

Он подлежит ответственности, если возражает ссылкой на право собственности. Если ответчик возражает, что он купил спорный предмет у известного отсутствующего лица, то он является стороной, ответственной по иску, ибо, заявляя, что владеет вещью в силу права собственности, он сам признает себя ответчиком по иску.

Или если истец ищет с него как с вора или незаконного владельца (захватчика), хотя бы он представил доказательства владения в качестве доверенного лица. Если бы в тяжбе истец сказал ответчику: «Ты захватил эту вещь у меня» или: «Ты украл эту вещь у меня», то ответчик не освобождается от ответственности, хотя бы представил доказательства в подтверждение того, что спорный предмет был передан ему в качестве доверенного лица третьим отсутствующим лицом, ибо здесь истец заявляет, что он захватил или похитил вещь, и ввиду сего (а не потому, что он владеет вещью) он ответствен по иску. Иное дело, когда истец абсолютно утверждает свое право собственности: в этом случае ответчик подлежит ответственности лишь в силу факта владения этой вещью, вследствие чего абсолютный иск о праве собственности на известный предмет допустим только против фактического владельца его, в то время как иск, основанный на известном акте (например, захвате и т.п.), может быть направлен и против других лиц.

А также если истец ищет краденое, не указывая вора. Если в тяжбе истец говорит ответчику, владеющему спорным предметом: «Эта вещь, которая находится в твоём владении, моя собственность и была у меня украдена», а ответчик возражает: «Лицо, в настоящее время отсутствующее, дало мне эту вещь на сохранение» и представит доказательства своего возражения, то он все-таки не освобождается от ответственности. Таково мнение Абу Ханифы и Абу Юсуфа, основанное на благоприятном толковании закона. По мнению имама Мухаммада, ответчик в этом случае освобождается от ответственности, так как истец заявил обвинение в краже не против него, а против неизвестного лица, а так как такое обвинение не имеет смысла, то отсюда следует,

что иск, основанный на акте, не может быть поддерживаем. Остается, следовательно, только иск о праве собственности, а так как такой иск устраняется, если ответчик докажет, что спорный предмет был передан ему как доверенному лицу, то случай здесь тот же самый, как если бы истец заявил, что вещь была захвачена у него, не называя, однако, захватчика. Абу Ханифа и Абу Юсуф доказывают, что указание на акт включает в себе жалобу на представителя, а предположение заключается в том, что владелец есть представитель, но что истец из благосклонности, может быть, не назвал его, желая избавить от наказания. Посему случай здесь тот же, как если бы истец сказал: «Ты украл эту вещь». Иное дело, если истец обвиняет ответчика в захвате, ибо в этом случае, хотя бы обвинение было положительно выражено, однако наказание не применяется, несмотря на то, что он, очевидно, желает доказать захват.

Но не в том случае, если иск основан на приобретении посредством купли. Если истец говорит ответчику: «Я купил эту вещь у известного лица», а ответчик возражает: «Лицо это передало мне вещь как доверенному лицу», то ответчик освобождается от ответственности, не будучи обязан представлять доказательства своего возражения, потому что и истец, и ответчик согласны в том, что спорная вещь первоначально составляла собственность третьего лица, следовательно, удержание этой вещи фактическим ее владельцем не есть предмет спора между ними. Если, однако, истец говорит: «Известное лицо назначило меня представителем для получения этой вещи в мое владение» и представит в подтверждение сего доказательства, то он вправе продолжать иск против фактического владельца, так как доказал свидетелями свое преимущественное право на владение спорным предметом.

Глава IV

О ВЕЩАХ, ОТЫСКИВАЕМЫХ ДВУМЯ ЛИЦАМИ

Если отыскивается вещь делимая и доказательства с обеих сторон равны, то она должна быть присуждена обоим истцам в равных частях. Если два лица, каждое отдельно, отыскивают право собственности на предмет, находящийся во владении другого, и каждый представит доказательства в подтверждение своего иска, то казий должен присудить вещь в общую собственность обоих в равных частях. По одному мнению имама Шафии, ввиду противоречия представленных доказательств одно другому обоим истцам следует отказать в иске. По другому его мнению, казий должен бросить жребий для определения того, кому принадлежит право собственности. Доводы его в подтверждение этих мнений заключаются в том, что так как невозможно, чтобы два лица, каждое в отдельности, имели полное право собственности на одну и ту же вещь, то отсюда следует, что доказательства одной из сторон должны быть лживы; но так как нет мерил для определения истины, то необходимо или отвергнуть оба иска, или прибегнуть к жребию; тем более, что Пророк в подобном случае предписал бросить жребий и решил дело согласно оказавшемуся. Доводы наших ученых в этом отношении двоякого рода. Во-первых, предание, приведенное Тамим-Бини-Тирфой, о том что Пророк в одном деле о верблюде, в котором обе стороны пред-

ставили доказательства их права собственности, присудил верблюда в общую собственность обоих. (Что касается приводимого имамом Шафии предания, то оно относится к решению Пророка, постановленному в младенчестве мусульманской веры и затем отвергнутому). Во-вторых, возможно примирить противоречие между доказательствами обеих сторон, предполагая, что свидетели одной стороны говорят об основании права собственности у владельца, а свидетели другой стороны — о праве владения; и так как при такой гипотезе доказательства каждой стороны не противоречат истине, то следует сообразоваться с ними, насколько возможно, присудив каждой из сторон право на половину собственности.

Если иск касается жены, то право должно быть присуждено согласно ее заявлению. Если двое мужчин, каждый отдельно, заявляют о своем браке с женщиной и каждый приводит доказательства в подтверждение своего иска, то казий не должен постановлять решения на основании этих доказательств, ибо ввиду того, что предмет иска не может быть делим, невозможно присудить каждому половину. Поэтому казий должен обратиться к женщине и признать ее женой того, чье требование она подтвердит.

Или (если свидетели устанавливают время бракосочетания) в пользу того, чье право возникло раньше. Это, однако, относится к случаю, когда свидетели не устанавливают время бракосочетания, ибо если они делают это, то следует дать предпочтение тем показаниям, которыми устанавливается более ранний срок. Если, с другой стороны, до приведения доказательств одной из сторон женщина учинит признание в пользу одного из истцов, то она признается его женой; но если другая сторона впоследствии представит доказательства в подтверждение своего иска, то казий должен признать ее женой второго истца, так как доказательства сильнее признания.

Решение, присуждающее жену одному истцу, не может быть отменено в пользу последующего истца, разве свидетели докажут, что право его возникло раньше. Если одно лицо заявляет о своем браке с женщиной, а она отрицает это, он же представит в подтверждение брака доказательства и казий согласно сему постановит решение в его пользу, а затем явится другое лицо и станет заявлять о своем браке с той же женщиной, то в этом случае казий не должен отменять своего решения, ибо, будучи постановлено на достаточном основании, оно не может быть отменено по основанию равной или меньшей силы. Если, однако, свидетели второго истца установят, что бракосочетание его имело место раньше времени, установленного показанием свидетелей первого истца, то следует предпочесть показание свидетелей второго истца, так как ими обнаружена ошибка первых свидетелей. Закон тот же самый и для случая, когда при совместной жизни мужа и жены и при общеизвестности их брака третье лицо станет заявлять о своем браке с женщиной и представит доказательства своего заявления: в этом случае доказательства его не принимаются, разве ими будет установлено, что право истца возникло раньше права мужа, с которым женщина тогда жила.

Если два лица отыскивают раба по праву купли, то они после присуждения им этого раба вправе каждый уплатить половину его цены или отказаться от своей части. Если два лица ищут, каждый отдельно, право собственности на раба, находящегося во

владении другого (например, если каждый из них утверждает, что купил раба у этого другого лица), и представят доказательства в подтверждение своего права, то в этом случае (так как казий должен присудить его в общую их собственность) каждый из них вправе или принять половину раба за половину его цены, или отказаться от своей части. Здесь как бы два неуполномоченных лица продали один и тот же предмет, принадлежащий третьему лицу, двум лицам и собственник утвердил обе продажи; в этом случае каждый покупатель волен или принять половину предмета за половину выговоренной цены или совсем отказаться от сделки и получить обратно свои деньги, ибо из того, что он раньше согласился на сделку в том предположении, что она распространяется на целый предмет, нельзя заключить, что он согласился на приобретение части предмета; поэтому он волен по своему усмотрению принять сделку или отказаться от нее. Если, однако, в рассматриваемом случае после присуждения казием каждому половины одна из сторон откажется от своей части, то другая сторона не может получить весь предмет, так как половина его была присуждена другой стороне на основании представленных ею доказательств, и после отказа этой стороны продажа относительно ее половины становится ничтожной. Не то, однако, было, если бы одна из сторон заявила о своем отказе от половины до постановления казием решения, ибо другая сторона вправе была бы получить целый предмет, так как требование предъявлялось на целый предмет; ввиду же устранения препятствия к получению целого (именно — возражения другой стороны) отказом соистца, последовавшим до действительного уничтожения какой-либо части продажи решением казия, другая сторона вправе получить целый предмет своего требования. (Аналогичен этому отказ, учиненный одним из двух шафи, от своего права преимущественной покупки до решения казия в пользу обоих. Аналогичен также первому положению отказ одного из шафи от своего права преимущественной покупки, последовавший после решения казия в пользу обоих).

Но если им установлено время купли, то раб должен быть присужден первому покупщику. Следует заметить, что если в рассматриваемом случае оба истца установят время покупки ими спорного предмета, то он должен быть присужден первому покупщику, ибо, очевидно, они приобрели право еще в то время, когда у него не было противника; и потому последующее требование другого истца не имеет силы. Если только одна из сторон укажет время купли, то решение должно быть постановлено в ее пользу, ибо она точно определяет возникновение своего требования известным временем; а так как другая сторона времени не указывает, то становится сомнительным, купила ли она вещь до или после указанного другой стороной времени, и казий (ввиду такого сомнения) не может постановить решения в ее пользу. Если ни одна из сторон не указывает времени и одна из них владеет вещью, то преимущество имеет требование владельца, ибо представляется вероятным, что его право владения возникло из более ранней покупки; а также потому, что ввиду установленности их исков в одинаковой степени факт владения, не подверженный сомнению, не может быть поколеблен сомнительным обстоятельством. То же правило применяется когда один из истцов владеет вещью, а свидетели другого истца устанавливают время покупки им этой вещи. Но следует заметить, что если свидетели положитель-

установят, что вещь куплена им раньше владельца, то она должна быть присуждена ему, так как положительное доказательство более ранней покупки устанавливает положительное право, между тем как владение устанавливает лишь предполагаемое право.

Если одна сторона ищет на основании купли, а другая — на основании дарения и факта владения (не устанавливая времени возникновения права), то предмет должен быть присужден покупщику. Если два лица ищут определенный предмет, одно — на основании купли, а другое — на основании дарения и факта владения, и каждое представит доказательства своего требования, не указывая, однако, времени возникновения их прав, то в этом случае следует отдать предпочтение доказательству купли, ибо купля есть договор более строгий, чем дарение (будучи договором двусторонним), а также потому, что купля сама по себе есть основание права собственности, между тем как возникновение права собственности из дарения зависит от принятия дара со стороны одаренного. Если иск одного основан на купле, а иск другого — на пожертвовании и факте владения, причем все остальные обстоятельства таковы, как изложено выше, то применяется то же правило по причинам, указанным выше. Если же иск одного основан на дарении и факте владения, а иск другого — на пожертвовании и владении, то казий должен присудить вещь в общую собственность обоих в равных частях ввиду того, что требования их однородны и что ни один не имеет преимущества над другим.

Возражение. Предпочтение должно быть дано иску, основанному на пожертвовании, перед иском, основанным на дарении, потому что дарение не обязательно, ибо даритель может поворотить дар обратно; между тем как пожертвование обязательно и не может быть взято обратно.

Ответ. Предпочтение дается лишь ввиду обстоятельства наличного и действующего непосредственно; но законность поворота дара и незаконность поворота пожертвования относятся к будущему, в настоящем же обстоятельства одинаковы. Следует заметить, что это учение о равенстве исков, основанных на дарении и на пожертвовании и о присуждении вещи в общую собственность, относится к случаям, когда предметом спора является вещь делимая. Относительно же отделимых вещей существует разногласие: некоторые утверждают, что и в этом случае применяется тот же закон; по мнению же других, закон в этом случае иной, так как иначе пришлось бы допустить дарение по отношению к неопределенной собственности, что представляется незаконным.

Лицо, ищущее на основании купли, и лицо, ищущее на основании брачного договора, находятся в одинаковом положении. Если два лица ищут одну и ту же вещь, одно — на основании купли, а другое (женщина) — в силу того, что владелец ее женился на женщине и назначил ей в приданое эту вещь, то в этом случае положение обоих истцов одинаково, потому что требование каждого одинаково сильно: как договор купли, так и договор брачный суть договоры двусторонние и оба служат основанием права собственности. Так решают Абу Ханифа и Абу Юсуф. По мнению имама Мухаммада, следует отдать предпочтение иску, вытекающему из договора купли, а на мужа следует возложить ответственность перед женой стоимостью спорного предмета,

так как этим способом отдается предпочтение иску, основанному на договоре купли и в то же время удовлетворяются требования обоих истцов.

Иск, основанный на договоре залога и владения, удовлетворяется преимущественно перед иском, основанным на дарении и факте владения. Если один из двух истцов основывает свой иск на договоре залога и владения, а другой — на дарении и владении и каждый представит доказательства своего иска, то преимущество дается иску, основанному на договоре залога. Основано это на благоприятном толковании закона. По аналогии следовало бы дать преимущество иску, вытекающему из дарения, ибо дарение производит право собственности, а залог не производит таковое. Причина более благоприятного толкования здесь заключается в том, что владение на основании договора залога порождает ответственность, которая не имеет места при владении в силу дарения; но договор, порождающий ответственность, строже договора, не связанного с ней. Другое дело, если дар учинен в обмен на другую вещь, потому что такое дарение в окончательном выводе есть продажа, а продажа строже залога.

Из двух исков, одинаково обоснованных, удовлетворению подлежит тот, который вытекает из права, возникшего раньше. Если два лица отыскивают абсолютное право собственности на один и тот же предмет, находящийся во владении третьего лица, и каждый истец указывает время возникновения своего права, то спорный предмет присуждается тому, чье право возникло раньше, ибо право собственности, раз приобретенное этим лицом, может переходить к другим только от него; между тем другой истец не приобрел от него права собственности.

На том же основании удовлетворяются два иска, вытекающие из договора купли и предъявленные против одного лица. Если два лица предъявляют иск, основанный на договоре купли, против третьего лица, не имеющего в своем владении спорного предмета, и каждый истец представит доказательства купли и укажет время приобретения, то вещь присуждается лицу, установившему более ранний момент приобретения, ибо он доказал, что право его возникло, когда у него не было соперника.

Если иск предъявляется против двух лиц, то вещь присуждается обоим истцам в равных частях. Если два лица предъявляют иск из договора купли, причем один истец представляет доказательства в подтверждение того, что он купил спорный предмет у Заида, а другой — в подтверждение того, что он купил таковой у Омара, и свидетели каждой стороны установят время, когда эти покупки имели место, то положение обоих истцов одинаково, так как каждый из них доказал право собственности лица, от которого они приобрели вещь; а потому случай здесь тот же, как если бы оба продавца были налицо и сами отыскивали свои права. Поэтому каждый из истцов вправе получить половину предмета за половину цены или совершенно отказаться от вещи по основаниям, изложенным выше. Если свидетели одной стороны указывают определенный срок платежа, а свидетели другой стороны не указывают его, то казий все-таки должен присудить каждой стороне половину, ибо продолжительность кредита не дает основания к суждению о времени заключения договора купли; вероятно даже, что право собственности другого лица возникло раньше, так как случай этот предполагает двух разных продавцов. (Другое дело, если имеется только один прода-

вещ, так как в этом случае обе стороны производят свое право собственности от одного и того же продавца).

Если только один из истцов не представит доказательства времени приобретения предмета, в каковом случае он присуждается ему. Если, однако, один из истцов докажет время приобретения, другой же не докажет, то решение должно быть постановлено в пользу первого.

Если четверо истцов отыскивают право собственности на вещь, приобретенную ими от четырех разных лиц, то вещь присуждается им в равных частях. Если один истец требует присуждения вещи как купленной им у Заида, другой — как подаренной ему Омаром, третий — как унаследованной им от отца и четвертый — как пожертвованной известным лицом и каждый из четырех истцов представит доказательства в подтверждение своих требований, то казий должен присудить им вещь в четырех равных частях, так как каждый из них производит свое право от разных лиц. Мы имеем здесь тот же случай, как если бы четыре лица сами явились в заседание и стали каждое доказывать свое абсолютное право собственности.

Доказательство, представленное владельцем, должно быть допущено предпочтительно перед доказательством истца, когда первым доказательством устанавливается более ранний момент приобретения права. Если истец представляет доказательства для установления права собственности на вещь с известного времени, а владелец вещи представит доказательства для установления более раннего момента возникновения своего права, то следует отдать предпочтение доказательствам владельца. Таково мнение Абу Ханифы и Абу Юсуфа. Кажется (на основании одного предания), что таково же мнение имама Мухаммада. Но по другому преданию имам Мухаммад полагает, что доказательствам владельца не следует давать предпочтение (и он постановлял решения согласно этому мнению), ибо так как каждая сторона представила доказательства в подтверждение своего абсолютного права собственности, не указывая основания этого права, то отсюда следует, что время приобретения права в этом случае несущественно. Абу Ханифа и Абу Юсуф доказывают, что раз кто-либо установил свое право собственности на вещь в известный момент, право собственности другого лица на эту вещь в последующее время может быть приобретено лишь от первого лица; но в рассматриваемом случае истец не утверждает, что он приобрел право собственности от владельца, а потому дается предпочтение доказательствам последнего.

Если иск предъявлен абсолютно, то доказательства истца имеют преимущество. Если истец и владелец представляют доказательства в подтверждение права собственности каждого из них абсолютно (то есть не указывая на способ приобретения и основание права) и свидетели одной стороны установят время приобретения права, а свидетели другой — не установят, то в этом случае (согласно Абу Ханифе и имаму Мухаммаду) следует предпочесть доказательства истца. Абу Юсуф утверждает, что следует предпочесть доказательства истца, если ими устанавливается время (и таково же, по одному преданию, мнение Абу Ханифы); ибо право собственности истца, доказывающего время приобретения права, установлено в прошедшем, между тем как право другой стороны, свидетели которой не упоминают о времени, установле-

но лишь в настоящем; а прошедшее предшествует настоящему; таким же точно образом, как если бы один из двух истцов на основании договора купли доказал время заключения им договора, а другой не доказал, в каковом случае предпочтение отдается доказательствам первого. Имамы Абу Ханифа и Мухаммад рассуждают, что доказательства, представленные владельцем спорного предмета, допускаются лишь поскольку, поскольку ими опровергаются требования истца; но в рассматриваемом случае доказательства владельца не имеют этого свойства, ибо представляется сомнительным, приобрел ли истец свое право на вещь от владельца или нет, так как возможно, что если бы свидетели истца указали время приобретения, то приобретение это оказалось бы более ранним. Поэтому преимущество отдается доказательствам истца.

То же самое правило применяется, когда спорный предмет есть недвижимое имущество. Подобное же разногласие имеет место относительно спорного дома, находящегося во владении двух истцов, ибо, по Абу Ханифе и имаму Мухаммаду, дом должен быть оставлен в их владении, как и раньше, и не следует обращать внимания на представленные с той или другой стороны доказательства; между тем как, по мнению Абу Юсуфа, решение должно быть постановлено в пользу той стороны, которая установит время приобретения. Если, однако, при тех же обстоятельствах дом находится во владении третьего лица, то в этом случае, по Абу Ханифе, оба истца находятся в одинаковом положении; между тем как, по мнению Абу Юсуфа, следует отдать предпочтение доказательствам того истца, который устанавливает время приобретения. С другой стороны, имам Мухаммад утверждает, что должно предпочесть доказательства истца, не устанавливающего времени приобретения, так как он ищет более раннее право собственности, по той причине, что если лицо отыскивает собственность абсолютно, не указывая времени приобретения, и докажет свой иск, то он получает право на большее, чем лицо, указывающее время приобретения, как бывает в случаях иска, основанного на приобретении посредством труда. Абу Юсуф доказывает, что указание времени приобретения есть удостоверение права собственности истца в означенное время, между тем как при неуказании на время приобретения возможны два случая, так как остается сомнительным, существовало ли право другого раньше или после этого времени; а так как достоверность всегда дает преимущество, то удовлетворяется иск того, кто указывает время приобретения; таким же образом, как если два лица заявляют о покупке одной и той же вещи и одно из них указывает время приобретения, а другое — нет. Доводы Абу Ханифы заключаются в том, что указание времени приобретения одним из истцов допускает предположение о первенстве или последующем возникновении права так же, как и абсолютное требование другого допускает два предположения; посему иски обоих находятся в одинаковом положении. Другое дело, если из двух покупателей один указывает время приобретения, а другой не указывает, ибо покупка, будучи привходящим обстоятельством, в сомнительных случаях относится к ближайшему периоду; а потому в этом случае преимущество на стороне лица, указывающего время приобретения.

Случай иска приплода. Если как истец, так и владелец представят доказательства в удостоверение приплода, например, если каждый укажет свидетелей в доказатель-

ство того, что «такой-то верблюд происходит от известного верблюда, который родил его, находясь во владении просителя», то в этом случае следует уважить требование владельца, ибо так как доказательства представлены в подтверждение такого обстоятельства, которое не становится более очевидным вследствие факта владения, то отсюда следует, что положение истца и владельца в отношении их заявлений и доказательств совершенно одинаково, а засим доказательство владельца получает преимущество ввиду факта владения; поэтому казий должен присудить верблюда ему. Это — общепринятое учение. Иса ибн Айям, однако, другого мнения: он утверждает, что так как доказательства обеих сторон противоречат друг другу, то они должны быть отвергнуты, а верблюда следует оставить в руках настоящего его владельца, но не присуждать его последнему по решению казия.

Если в иске, имеющем предметом лошадь, истец утверждает, что он купил ее у Заида и что она происходит от одной из лошадей Заида, а владелец утверждает, что он купил ее у Омара и что она происходит от принадлежавшей Омару лошади, и каждый представит доказательства в подтверждение указываемого им происхождения ее, то случай здесь тот же, как если бы каждый представил доказательства в подтверждение того, что лошадь родилась от матки, находившейся в его собственном владении. Если, с другой стороны, один из спорящих представит доказательства в подтверждение своего права собственности, а другой — в подтверждение противного, то преимущество отдается доказательствам стороны, установившей происхождение лошади, независимо от того, владеет ли он ею или нет, ибо так как приведенное им доказательство направлено к установлению его права собственности с самого начала, то отсюда следует, что право это может засим принадлежать другому только в силу приобретения этого права от первого собственника. Равным образом, если ни одна из сторон не владеет лошастью и одна из них докажет, что лошадь родилась во время нахождения ее матери в ее (стороны) владении, а другая сторона докажет свое право собственности, то следует постановить решение в пользу первой стороны. Следует заметить, что если казий постановит решение в пользу лица, доказавшего происхождение одной лошади от другой, находившейся в его владении, а затем другое лицо докажет, что она родилась от принадлежавшей ему лошади, то следует постановить решение в пользу этого третьего лица, если только владелец вновь не представит доказательства происхождения лошади против этого лица.

Или другой собственности, основанной на однородном с рождением факте. То же правило применяется относительно материала для одежды, когда он подвергся только одной обработке (например, тканью). Так, если истец и владелец утверждают, что «спорная пряжа — его собственность и он сам высучил ее», и каждый представит доказательство своего заявления, то казий должен постановить решение в пользу владельца так же, как в случае иска приплода. То же следует сказать о каждом случае, касающемся собственности простой и несложной по своему основанию, например, доения молока, выделки сыра или войлока, стрижки шерсти и т.п. Если основание права собственности по природе своей сложно, например, ношение платья, насаждение деревьев или посев пшеницы, и между истцом и владельцем одного из этих предметов возникнет спор, то казий должен постановить решение в пользу истца,

а не владельца; и так же, если истец и владелец приводят доказательства своего абсолютного права собственности, не указывая основания этого права. Если основание сомнительно (то есть неизвестно, сложное оно или простое), то следует истребовать заключение сведущих лиц; а если оно и для них сомнительно, то казий должен постановить решение в пользу лица не владеющего, ибо, по основному принципу, решение должно быть постановлено согласно показаниям свидетелей истца; и хотя допущено исключение в случаях иска о приплоде (вследствие предания о Пророке, который в одном таком случае решил в пользу владельца), однако, когда основание сомнительно и когда, следовательно, нельзя убедиться, подходит ли данный случай под исключение, должно возвратиться к основному принципу закона.

Владелец предмета, доказавший приобретение такового от истца, устраняет претензию последнего. Если истец представит доказательства абсолютного права собственности на спорный предмет, а владелец представит доказательства приобретения этого предмета от истца, то следует отдать предпочтение доказательствам владельца, потому что, хотя истец и заявляет, что право его более раннего происхождения, но владелец установил, что он впоследствии приобрел от него спорный предмет (что вовсе не противоречит одно другому); а потому случай здесь тот же, как если бы владелец сперва признал, что спорный предмет раньше принадлежал истцу, а затем заявил, что он купил его от него.

Если каждая сторона докажет покупку вещи у другой стороны (не указывая времени), то решение не может быть постановлено. Если истец представит доказательство в подтверждение покупки им спорного предмета у владельца, а владелец, со своей стороны, представит доказательство в подтверждение покупки этого же предмета у истца и ни одна из сторон не укажет времени приобретения, то в этом случае доказательства обеих сторон падают и спорный предмет оставляется в руках владельца. Автор «Хидои» замечает, что таково мнение Абу Ханифы и Абу Юсуфа, но что, по мнению имама Мухаммада, казий должен допустить доказательства обеих сторон и что затем вещь передается истцу, потому что показания свидетелей обеих сторон примиримы, так как возможно, что владелец купил вещь у истца и, вступив во владение ею, продал ее обратно истцу. Поэтому следует допустить это толкование, тем более, что из факта владения следует заключить, что первым покупщиком был владелец, и противное сему предположение, действительно, не может быть допущено ибо (по имаму Мухаммаду) вещь не может быть продана до поступления во владение продавца, за исключением земельной собственности. Абу Ханифа и Абу Юсуф доказывают, что каждая из сторон, заявляя о покупке у другой стороны, в действительности признает право собственности другой стороны, а так как в случае учинения каждой из сторон признания в пользу другой доказательства обеих должны быть, по мнению всех наших ученых, устранены, то же самое должно иметь место и в рассматриваемом случае. Против мнения имама Мухаммада следует заметить, что примирение доказательств обеих сторон невозможно, так как основание, именно — покупка, представляется предметом доказательства лишь поскольку оно необходимо для доказательства существования последствия, именно — права собственности. Ни в рассматриваемом случае невозможно постановить решение в пользу владельца, н

допустив предварительно право собственности истца; а потому, если бы казий постановил решение в пользу владельца, то решение это касалось бы основания, именно — купли, что было бы напрасно и бесполезно.

И так же, если каждая сторона докажет уплату цены. Если в рассматриваемом случае свидетели каждой стороны подтвердят уплату цены (например, тысячи дарагимов), то (по Абу Ханифе и Абу Юсуфу) имеет место мокаса, или взаимный зачет обеих цен, если только существует тождество относительно немедленного платежа или отсрочки его, ибо владение каждой стороны влечет за собой ответственность. Если не представлено доказательство платежа цены, то и в этом случае, по имаму Мухаммаду, происходит зачет, ибо каждая сторона должна другой цену, если только свидетели каждой из них удостоверяют продажу и принятие во владение проданного предмета. И здесь, по мнению всех наших ученых, доказательства обеих сторон падают, ибо, даже по имаму Мухаммаду, примирение их в этом случае невозможно, потому что обе продажи действительны как учиненные после вступления во владение; кроме того, не указано ни с одной стороны времени приобретения, следовательно, ни для одной из сторон не существует преимущества, даваемого таким указанием; поэтому положение сторон одинаково и ни одна не имеет превосходства над другой, а следовательно, доказательства обеих не имеют силы. Другое дело — в предыдущем случае, ибо ввиду того, что там не указывается на владение одной из сторон, возможно примирение между собой доказательств, как уже было объяснено.

В спорах о земле решение должно быть постановлено в пользу последнего покупщика. Если спорным предметом является земля и свидетели обеих сторон укажут время приобретения ее, не упоминая о владении одной из сторон, то в этом случае, когда купля истца предшествовала купле владельца, казий (по Абу Ханифе и Абу Юсуфу) должен постановить решение в пользу владельца, и спор представляется в том виде, как будто истец сперва купил землю, а затем продал ее владельцу до вступления его самого во владение, что, по их мнению, представляется законным. С другой стороны, имам Мухаммад полагает, что казий должен постановить решение в пользу истца, ибо, так как продажа земли до вступления во владение ею незаконна, то земля, по необходимости, остается в собственности истца. Если, далее, свидетели обеих сторон касаются и владения, то в этом случае казий, по мнению всех наших ученых, должен постановить решение в пользу владельца, ибо обе продажи бесспорно действительны. Это, однако, основано на предположении о том, что купля истца предшествовала купле владельца, ибо в противном случае казий должен постановить решение в пользу истца независимо от того, установили ли свидетели вступление во владение или нет. В этом случае дело рассматривается так, как будто владелец сперва купил вещь у истца и, вступив во владение ею, впоследствии продал ее истцу, не передав ему, однако, вещи по настоящему времени или передав ее, но получив опять обратно по каким-либо причинам.

Представление большего числа свидетелей, чем требуется законом, не имеет влияния на решение. Если один из двух истцов представит двух, а другой истец — четырех свидетелей, то они все-таки находятся в одинаковом положении, ибо, так как показание каждых двух из четырех свидетелей составляет полное основание для по-

становки решения, то отсюда следует, что показание четырех свидетелей равняется только двум основаниям; но множественность основания не дает превосходства, ибо таковое зависит от силы основания, а не от числа.

Случай иска двух лиц, имеющего предметом дом, причем один истец требует половину дома, а другой истец — весь дом. Если дом, находящийся во владении одного лица, отыскивается двумя другими лицами, причем одно из них утверждает свое право на весь дом, а другое — на половину, и каждый истец представит доказательства своего требования, то в этом случае, по мнению Абу Ханифы, казий должен присудить три четверти требующему весь дом и одну четверть — требующему половину, ибо следует обращать внимание на свойство спора. В данном случае относительно одной половины спора нет, и она поступает исключительно в пользу лица, требующего весь дом; относительно другой половины идет спор и положение спорящих в отношении оснований их требований одинаково, и потому эта половина делится между ними в равных частях. По мнению обоих учеников, дом должен быть разделен между истцами на три равные части, из которых две присуждаются лицу, требующему весь дом, а одна — лицу, ищущему половину его, потому что, по их мнению, следует обращать внимание на арифметическое отношение; другими словами, истец в целом, требование которого распространяется на две половины, вправе получить две части, а истец к половине, который требует лишь одну половину, вправе получить одну часть; поэтому дом делится между ними в трех частях. Если, далее, спорный дом находится во владении сторон, то весь дом присуждается истцу в целом, ибо он получает половину, находящуюся во владении истца в половине, в силу решения казия (каковое решение должно быть постановлено в его пользу, так как, будучи истцом в целом, он ищет и эту половину, не имея ее во владении, ввиду чего решение должно быть постановлено согласно представленным им доказательствам); и он удерживает другую половину, которой сам владел, так как необходимо предположить, что требование другого истца относилось только к той половине, которой он сам владел, ибо если бы иск его относился к другой половине, то отсюда следовало бы, что половина, которой он сам владеет, удерживается им на незаконном основании. А так как относительно половины, находящейся в руках истца в целом, иска нет, то половина эта остается за ним. Словом, за ним остается весь дом.

В исках о приплоде следует обращать внимание на установленное истцом время рождения. Если два лица ищут животное и каждое представляет доказательства его происхождения, то животное должно быть присуждено тому истцу, свидетели которого установили время, очевидно соответствующее возрасту животного, так как в его пользу говорит очевидность, ввиду чего он и получает преимущество. Если, однако, возраст животного сомнителен и соответствие такового с указанным той или другой стороной временем рождения неочевидно, то указание на время рождения должно быть устранено и животное должно быть присуждено обоим в равных частях; то есть спор должен быть разрешен так, как если бы время рождения не было указано. Если, с другой стороны, оба указанных числа не соответствуют очевидному возрасту животного, то доказательства обеих сторон ничтожны, ибо ошибочность показаний с

той и другой стороны очевидна; поэтому животное оставляется у лица, которое им владело.

Сторона, заявляющая, что спорный предмет вверен ответчику как доверенному лицу, и сторона, заявляющая, что ответчик присвоил этот предмет, находятся в одинаковом положении. Если два лица, каждое отдельно, предъявляют иск к третьему лицу, владеющему рабом, причем одно заявляет, что «владелец присвоил указанного принадлежащего ему раба», а другое — что «он поручил раба ответчику как доверенному лицу», то в этом случае казий должен присудить каждому половину раба, так как требования их одинаково сильны.

Раздел. О спорах, касающихся владения

Владение животным удостоверяется всяким актом, указывающим на пользование этим животным. Если два лица оспаривают друг у друга владение животным, причем одно сидит на этом животном верхом, а другое держит его за узду, то в этом случае требование сидящего верхом более сильно, так как езда верхом на животном есть акт, основанный на праве собственности. Равным образом, если одно из этих лиц сидит на седле, а другое на крестце, то требование первого имеет преимущество. Другое дело, если они сидят на животном без седла, ибо в этом случае право собственности на животное делится между ними, так как положение обоих ездоков одинаково. Если два лица спорят о верблюде, причем одно имеет на нем принадлежащий ему груз, а другое держит в своей руке повод, которым управляет им, то преимущество принадлежит первому лицу, так как верблюд находится под его грузом, употребляется для его нужд.

Право лица, пользующегося вещью, предпочтительно перед правом лица, держащего эту вещь. Если два лица спорят о нижнем облачении, причем одно носит таковое, а другое держит рукав его, то предпочтение дается требованию первого, так как действие его очевидно. Если два лица спорят о ковре, причем одно сидит на нем, а другое держит его рукой, то казий не должен постановлять решение в пользу кого-либо из них. Если два лица спорят об одежде, причем одно держит большую часть ее в руках, а другое держит полу ее, то в этом случае одежда делится между ними поровну, так как удержание большей части одним из истцов не дает его требованию преимущества: обстоятельство это дает лишь одно доказательство или довод в пользу этого лица.

Право владения найденным устанавливается его собственным признанием. Если мальчик находится в чьем-либо владении и, будучи способен объяснить свое состояние, заявляет, что «он свободен», то заявлению его следует верить настолько, что он становится господином над самим собой. Если, с другой стороны, он объявит себя рабом кого-либо другого, а не владельца, то он присуждается владельцу, ибо, объявляя себя рабом, признает, что он не господин над самим собой. Если мальчик не в состоянии объяснить свое происхождение, то он присуждается в собственность владельцу, ибо, не будучи господином над самим собой, он рассматривается как одежда и т.п. вещи; и если по достижении совершеннолетия он требует для себя свободы, то иск его не допускается, ибо в течение его детства обнаружилось его рабство; но

все, что однажды обнаружено, может быть устранено только представлением доказательств противного.

Двор сарая присуждается между тяжущимися. Если одно лицо владеет десятью покоями сарая, а другое лицо — одним и между ними возникнет спор о дворе сарая, то требования обоих признаются равными, так как оба имеют равное право пользоваться им и проходить по нему.

В исках о земле нельзя постановлять решения без представления доказательств. Если два лица ищут поземельный участок, причем каждый утверждает, что он находится «в его владении», то казий в этом случае не должен постановлять решение в пользу того или другого до представления доказательств, так как владение землей, по природе своей, не может быть видимо казием, потому что земля не может быть представлена в заседание, а также потому, что следует доказать то, что неизвестно казию. Посему, если одна сторона представит доказательства в подтверждение своего иска, то земля должна быть присуждена в ее владение, потому что право ее установлено доказательствами, а также потому, что владение есть право, составляющее предмет желания, так же, как и другие права. Если обе стороны представят доказательства своих требований, то земля присуждается в общее владение обоих. Если, однако, одна из сторон выдвигала кирпич на участке или возвела на нем постройки, или вырыла колодец или ров, то во всех этих случаях владение должно быть присуждено ему ввиду этих действий.

Глава V

ОБ ИСКАХ О РОДСТВЕ

Иск продавца рабы о ребенке, рожденном ею до истечения шести месяцев после продажи, подлежит удовлетворению. Если кто-либо продаст рабу, а она затем родит, и продавец потребует ребенка, то в этом случае, если только рождение имело место до истечения шести месяцев после продажи, ребенок присуждается продавцу, а мать становится его умми-валяд. Это основано на благоприятном толковании закона. По мнению имамов Зуфара и Шафии, иск ничтожен; и это основано на аналогии, ибо, продавая рабу, продавец признает, что ребенок — раб, что несовместимо с его заявлением, будто ребенок его. Причина более благоприятного толкования в этом случае заключается в том, что если рождение имеет место до истечения шести месяцев от продажи, то, очевидно, зачатие произошло во время нахождения рабы во владении продавца; а это доказывает, что зачатие было от него, ибо нет основания предполагать, что женщина виновна в блудодеянии. Кроме того, так как беременность может быть некоторое время неизвестной, то продавец по этому соображению освобождается от обвинения в кляузничестве и непоследовательности; а потому иск его действителен. И так как иск его действителен, то он относится к периоду зачатия; а отсюда ясно, что истец продал свою умми-валяд; но продажа умми-валяд недействительна, должна быть уничтожена и стоимость ее возвращена покупщику как незаконно полученная.

И хотя бы покупатель предъявил такое же требование, все-таки требование продавца имеет преимущество. Если бы, с другой стороны, покупатель одновременно с продавцом или после него предъявил иск о родстве с ребенком, то и в этом случае преимущество дается иску продавца, так как претензия последнего существовала раньше претензии покупателя, ибо она относится к моменту зачатия.

Если рождение имеет место в период времени от шести месяцев до двух лет после продажи, то иск продавца удовлетворяется, если будет подтвержден покупщиком. Если ребенок родился два года спустя после продажи, то иск продавца о родстве недействителен, ибо в этом случае зачатие не могло иметь места во время нахождения рабы в его владении, а это есть единственное основание для постановления решения в его пользу. Поэтому иск его не может быть уважен, если не будет подтвержден покупщиком, в каковом случае родство ребенка с продавцом считается установленным, как при браке. Однако по этой причине ребенок не считается свободным и продажа не уничтожается, так как очевидно, что зачатие не имело места во время владения продавцом рабою; поэтому свобода ребенка не устанавливается так же, как и возможная свобода матери¹. Если, далее, ребенок родился спустя шесть месяцев, но до истечения двух лет со дня продажи, то иск о родстве со стороны продавца не может быть удовлетворен без подтверждения со стороны покупателя, ибо и в этом случае не представляется совершенно несомненным, что зачатие имело место, когда раба принадлежала продавцу; посему тут нет доказательства, а отсюда необходимо подтверждение покупателя. Если же покупатель подтвердит иск продавца, то родство считается установленным и продажа уничтожается, ребенок становится свободным, а мать — умми-валяд, так же, как и в первом случае, потому что и продавец, и покупатель согласны в том, что зачатие имело место в то время, когда раба составляла собственность продавца.

Мать становится его умми-валяд, если ребенок во время иска находится в живых. Если ребенок, родившийся до истечения шести месяцев, после продажи, умрет, а продавец впоследствии станет утверждать свое родство с ним, то мать не становится его умми-валяд, так как она относительно возможного с ее стороны иска о свободе находится в зависимости от ребенка, но ввиду того, что ребенка уже не существует в то время, когда происхождение его от продавца установлено, она не может стать его умми-валяд. С другой стороны, если мать умрет, когда ребенок родился до истечения шести месяцев со времени продажи, и продавец заявляет о своем родстве с ним, то требование это удовлетворяется и продавец вправе взять ребенка обратно, ибо в иске о родстве ребенок является главным предметом и потому на исход иска не может повлиять смерть матери. В этом случае продавец, по Абу Ханифе, должен возратить всю цену, так как обнаруживается, что он продал свою умми-валяд, а, по мнению Абу Ханифы, при продаже и присвоении право собственности на умми-валяд не подлежит оценке и потому покупатель в данном случае не ответствен за ее цену. Однако, по мнению обоих учеников, он обязан возратить лишь часть цены,

¹ То есть она не становится умми-валяд, что дало бы ей возможность требовать своей свободы.

соразмерную стоимости ребенка, потому что (по их мнению) право собственности на умми-валяд подлежит оценке, и покупатель отвечает за ее ценность.

Если иск предъявлен продавцом после эмансипации матери покупщиком, то он действителен; но если ребенок отпущен им на волю, то иск недействителен. В «Джами-ус-Сагире» изъяснено, что если беременная раба будет продана своим господином и родит ребенка, а затем продавец станет требовать ребенка после того, как мать была отпущена на волю покупщиком, то в этом случае ребенок считается происшедшим от продавца, который должен возратить покупщику часть цены, соразмерную его стоимости. Это согласно также с мнением обоих учеников. Абу Ханифа утверждает, что продавец должен возратить всю цену, как и в случае смерти матери; и мнение это общепринято. Если же покупатель отпустил на волю только ребенка, то иск продавца ничтожен. Причина различия в этих случаях следующая. В первом случае ребенок есть главный предмет иска, а мать — принадлежность (как уже было объяснено); отсюда следует, что препятствие к удовлетворению иска о родстве и происхождении (именно — отпущение на волю) существует в принадлежности, то есть матери, а следовательно, не может влиять на ребенка, который является главным предметом. Поэтому иск о ребенке удовлетворяется и ребенок становится свободным, а родство его с продавцом считается установленным. Сверх того, свобода ребенка, или признание родства, не предполагает непременно эмансипации матери (ввиду чего дитя магура свободно, между тем как мать остается рабой; также, если кто-либо вступит в брак с чужой рабой и будет иметь от нее ребенка, то ребенок считается его сыном или дочерью; между тем как мать остается рабой своего господина). Напротив, во втором случае препятствие лежит в ребенке, который является главным предметом иска, а потому иск не может быть удовлетворен ни в отношении главного предмета, ни в отношении принадлежности. Свобода ребенка есть препятствие к удовлетворению иска, ибо ввиду того, что эмансипация не может быть уничтожена, как и иск о родстве или происхождении, то они оба находятся в одинаковом положении. Но в данном случае действительное отпущение на волю установлено со стороны покупщика, в то время как со стороны продавца установлено право иска в отношении ребенка и право эмансипации — в отношении матери; но одно лишь право на известную вещь не может быть противопоставлено самой этой вещи. Следует также заметить, что если покупатель сделает ребенка мудаббаром, то это равносильно полной эмансипации его, так как и такое действие не может быть уничтожено и, кроме того, сопровождается некоторыми последствиями эмансипации, например, предупреждением продажи.

Иск, предъявленный первоначальным продавцом, после второй продажи недействителен и продажа эта ничтожна. Если кто-либо продаст раба, рожденного от рабы, составлявшей его собственность в момент рождения¹, а покупатель затем продаст его другому лицу и первый продавец станет требовать его, то в этом случае спорный раб есть его дитя и продажа ничтожна, ибо продажа может быть уничтожена, между тем

¹ Случай этот предполагает одновременную утрату матери и ребенка, как видно из последующего.

как право продавца на иск о родстве с рабом не подлежит уничтожению; поэтому продажа уничтожается. Равным образом, если покупатель после покупки матери и сына сделает из последнего мукатаба или отдаст его в залог или внаем, или если он сделает мать мукатабой или отдаст ее в залог или замуж, а затем продавец станет требовать ребенка, то во всех этих случаях иск его удовлетворяется, а все упомянутые договоры уничтожаются, так как они могут быть уничтожены. Другое дело, если покупатель освобождает ребенка или делает его мудаббаром, как объяснено выше, или если требует его как сына сперва покупатель, а затем продавец, ибо родство, будучи однажды установлено с покупщиком, не может быть установлено и с продавцом, так как право родства не подлежит уничтожению, а потому случай здесь тот же самый, как если бы покупатель отпустил его на волю.

Иск, установленный относительно одного из близнецов, считается установленным и относительно другого. Если раба родит близнецов и собственник заявит о родстве своем с одним из них, то установление родства в отношении одного из них имеет необходимым последствием установление родства и с другим; они оба должны быть зачаты от одного семени, так как под близнецами разумеются двое детей, рожденные от одной матери и между рождением которых прошло менее шести месяцев, ввиду чего представляется невозможным, чтобы зачатие второго ребенка было привходящим и отдельным, так как беременность¹ не может продолжаться менее шести месяцев. В «Джами-ус-Сагире» изложено, что если кто-либо владеет двумя рабами-близнецами, принадлежащими ему с самого рождения, и он продаст одного из них, а покупатель отпустит его на волю, затем продавец признает своим сыном или дочерью раба, оставшегося в его владении, то оба близнеца признаются его детьми, а эмансипация, произведенная покупщиком, ничтожна², ибо родство продавца с близнецом, оставшимся в его владении, необходимо предполагает родство, а следовательно, свободу другого. И так как ясно, что покупатель приобрел лицо, от рождения свободное, то продажа, а засим и эмансипация этого лица ничтожны. Иное дело, если имеется только один раб: в этом случае приобретение его покупщиком и последующая эмансипация не подлежат уничтожению ввиду заявления продавца о родстве с ним; между тем как в рассматриваемом случае произведенная покупщиком эмансипация уничтожается в зависимости от заявления продавца. Другими словами, сперва признается свобода раба, оставшегося во владении продавца, а затем признание это распространяется на проданного и эмансипированного раба. Итак, в обоих случаях разница существенная.

Иск о родстве не подлежит удовлетворению после признания, учиненного в пользу другого лица. Если лицо, владеющее мальчиком, объявит, что он есть сын известного отсутствующего раба, а затем — что это его сын, то родство владельца не может быть установлено, хотя бы отсутствующий раб и отрицал, что мальчик — его сын. Таково мнение Абу Ханифы. По мнению обоих учеников, в случае отрицания со стороны

¹ То есть период, необходимый для рождения жизнеспособного ребенка.

² Одним из последствий сего является уничтожение его права виля, которым бы он иначе пользовался.

раба родство владельца считается установленным. Такое же разногласие существует относительно того случая, когда владелец объявит, что находящийся в его владении мальчик — сын известного лица и родился от его жены, а затем станет заявлять о своем собственном родстве с ним. Оба ученика доказывают, что признание, учиненное господином в том, что мальчик — сын его раба, устранено отрицанием сего последнего, ввиду чего случай этот представляется таким же, как если бы никакое признание не было учинено. Хотя родство не может быть уничтожено после его признания, однако признание родства устраняется отрицанием лица, к которому признание относится, и самое признание приписывается легкомыслию или принуждению (как если бы лицо по легкомыслию или принуждению признало раба своим сыном, в каковом случае признание недействительно). Поэтому рассматриваемый случай становится таким же, как если бы покупатель раба признал, что «продавец отпустил его на волю», а продавец отрицал это; после чего покупатель заявил бы, что «он сам отпустил его на волю», ибо в этом случае вера дается последнему заявлению покупателя, и право виля в отношении вольноотпущенника остается при нем; признание же его в отношении продавца считается как бы вовсе не существовавшим. Так и в рассматриваемом случае. Другое дело, если мальчик подтвердит первое заявление владельца (что «он — сын известного отсутствующего раба»), а затем владелец заявит о своем собственном родстве, ибо в этом случае требование было бы недействительно как заявленное после установления родства с другим лицом. Другое также дело, если раб хранит молчание, не подтверждая и не отрицая требования, ибо и в этом случае последующее требование владельца было бы недействительно, так как право лица, в отношении которого учинено признание, относится к мальчику, и возможно, что оно подтвердит заявление владельца. В этом случае мальчик находится в одинаковом положении с сыном женщины, от которой требуется клятвенное удостоверение и родство которой может быть установлено только обвинителем (именно — мужем женщины), который вправе затем отказаться от обвинения и объявить, что сын происходит от него. С другой стороны, Абу Ханифа доказывает, что родство, будучи раз доказано, не может быть устранено; равно не может быть устранено признание родства отказом лица, в отношении которого оно учинено; поэтому оно сохраняет силу, несмотря на этот отказ; а отсюда требование господина, заявленное после признания, недействительно, хотя бы раб отвергал это признание; таким же образом, как если бы кто-либо давал показание о родстве с несовершеннолетним, а по устранении этого показания как подозрительного стал бы заявлять, что несовершеннолетний — его сын: требование это недействительно. То же самое и в рассматриваемом случае. Основано это на том, что право упомянутого лица (именно — раба) относится к мальчику, так что, если бы раб подтвердил заявление господина, последовавшее после противоречивого заявления, то было бы установлено родство мальчика с рабом; и таким же образом право мальчика связано с признанием господина; посему признание не может быть устранено противоречием со стороны раба¹.

¹ Так как заявление, сделанное с целью установления права, не может быть взято назад; а в данном случае право мальчика заключается в установленном и признанном родстве.

Что касается случая приобретения покупщиком права виля, приведенного обоими учениками как аналогичного с настоящим случаем, то можно возразить, что и относительно его существует разногласие, ибо Абу Ханифа не принимает изложенного здесь учения; если и принять это учение, то все же существует та разница между ним и рассматриваемым случаем, что виля может быть уничтожена; другими словами, право виля одного лица может быть устранено в пользу другого лица, если возникнет обстоятельство, подкрепляющее требование этого другого. Так, если бы Заид выдал свою рабу замуж за раба Каледа и затем после рождения ребенка отпустил мать на волю, то право виля, или патронат над ребенком, принадлежит Заиду; но если бы затем Калед отпустил на волю своего раба, отца ребенка, то право виля Заида уничтожается, и оно переносится на Каледа, освободителя отца, ибо право, проистекающее из освобождения отца, сильнее права, даваемого освобождением матери; между тем как в случае, приведенном обоими учениками, предоставление права виля продавцу раба основано на том предположении, что продавец, после опровержения покупщика, опровергает самого себя и подтверждает заявление покупщика; и если при таком неопределенном положении права виля наступит обстоятельство, говорящее в пользу покупщика, то право виля, принадлежавшее продавцу, становится ничтожным. Упомянутое здесь обстоятельство и есть заявление покупщика о том, что «он отпустил раба на волю», каковое обстоятельство дает более сильное основание в пользу продавца, так как такая эмансипация предоставляет рабу непосредственно свободу, потому что он — собственность покупщика; между тем как эмансипация со стороны продавца не дает непосредственно свободы, ибо последствие это зависит от подтверждения со стороны покупщика и устраняется при наступлении более сильного основания, так как виля может быть уничтожена, в противоположность праву родства, как уже объяснено. Из учения Абу Ханифы о том, что признание владельцем того обстоятельства, что мальчик — сын его раба, не может быть устранено возражением лица, до коего признание относится; следовательно, дальнейшее заявление владельца о своем родстве с мальчиком недействительно; и на этом учении может быть основано решение о действительности продажи отцом своего сына, рожденного от рабы, ибо для устранения опасений покупщика в том, что он станет требовать своего сына и тем уничтожит продажу, продавец может уничтожить признание о происхождении его от другого лица, и этим способом действительно лишит себя возможности предъявить требование о возврате сына.

Иск о родстве, предъявленный христианином, должен быть удовлетворен преимущественно перед иском о рабстве, предъявленным мусульманином. Если мальчик находится во владении двух лиц, из которых одно — мусульманин, а другое — христианин, и последний станет утверждать, что «он его сын», а мусульманин — что «он его раб», то он должен быть признан сыном христианина и свободным; потому что, хотя религия ислама имеет превосходство, но превосходство это оказывает свое действие лишь в случаях, уравнивающих друг друга. Между иском о родстве и иском о рабстве нет равновесия; посему удовлетворяется иск христианина, ибо он более благоприятен для мальчика, доставляя ему непосредственно свободу, а в будущем (как следует ожидать) и веру, тем более, что доказательства единства Божества очевидны и все-

сторонни; если бы решено было наоборот (то есть если бы мальчик был признан рабом мусульманина, а не сыном христианина), то в этом случае истинная вера была бы внушена ему гнетом рабства и сам он отрезается от свободы, которую не в состоянии приобрести. Если, однако, как мусульманин, так и христианин предъявит иск о родстве, то удовлетворяется иск мусульманина ввиду преимущества, которое следует оказывать истинной вере, и большей пользы от такого решения для мальчика.

Иск о родстве, предъявленный замужней женщиной, не подлежит удовлетворению, если рождение не будет удостоверено по крайней мере одной женщиной. Если замужняя женщина предъявит иск о родстве, заявляя, например, что «этот мальчик, которого я держу на руках, мой сын», то иск ее недействителен, если рождение не будет удостоверено показанием по крайней мере одной женщины, ибо такой иск имеет отношение к другому лицу, а поэтому не может быть удовлетворен без надлежащих доказательств, в противоположность иску, предъявленному отцом, так как этот иск относится исключительно к нему самому. (Следует заметить, что для доказательства рождения достаточно показания одной повивальной бабки, так как цель показания заключается только в том, чтобы удостоверить тождество указываемого и рожденного женщиной ребенка, между тем как самое родство устанавливается на том основании, что мать ребенка есть жена мужа. Кроме того, в «Накль-Сахиха» объяснено, что Пророк в иске о рождении допустил показание повивальной бабки).

Или (если она находится в периоде иддата) одним мужчиной и двумя женщинами. Если, однако, упомянутая женщина находится в периоде иддата, то свидетельство одной бабки недостаточно для установления факта рождения; требуется показание двух мужчин или одного мужчины и двух женщин. (Таково учение, основанное на мнении Абу Ханифы, как было упомянуто в отделе о разводе). Если женщина незамужняя и не находится в периоде иддата, то, как заявляли законоведы, родство с ребенком устанавливается ею самой на основании ее заявления, ибо требование ее не касается третьего лица. Но если, будучи замужем, она сказала бы: «Это мой сын, рожденный от моего мужа» и муж подтвердит это, то нет необходимости в показаниях свидетеля, так как признание мужа делает их излишними.

Но если муж ее подтвердит иск, то нет необходимости в таком показании. Если мальчик находится в общем владении мужа и жены и муж скажет: «Этот мальчик — мой сын, рожденный не от этой женщины, а от другой», а женщина скажет: «Это мой сын, рожденный от другого мужа», то мальчик признается их сыном ввиду вероятности, основанной на общем их владении мальчиком и супружеской связи их. Кроме того, заявление каждого стремится разрушить право другого, а потому ни то, ни другое не должно быть принято. Случай этот похож на тот, когда каждое из двух лиц, владеющих сообща одеждой, утверждает, что она составляет общую собственность его и другого лица, в каковом случае одежда эта признается собственностью обоих владельцев. Между этими случаями существует, однако, та разница, что в случае с одеждой третьи лица, в пользу которых владельцы учинили признание, допускаются к участию в частях лица, учинившего признание в их пользу, потому что предмет спора (одежда) делим; между тем как в рассматриваемом случае лица эти не допускаются к участию, ибо родство (предмет спора) неделимо.

Случаи рождения ребенка от рабы, находящейся в неправильном владении. Если кто-либо купит рабу, получит от нее ребенка и станет требовать его как происшедшего от него, а затем окажется, что раба не принадлежала продавцу, то покупатель должен уплатить настоящему хозяину рабы стоимость ребенка в момент спора, а ребенок считается свободным. Во-первых, потому что он произошел от магура, ибо магуром называется лицо, получающее ребенка от женщины, которую оно считает своей собственностью (или женившись на ней в этом предположении), а затем окажется, что она принадлежит другому; и это определение магура вполне подходит к указанному лицу; посему лицо, происходящее от магура, по мнению всех товарищей, свободно взамен вознаграждения; во-вторых, следует обращать внимание на права обеих сторон. Таким образом, упомянутый ребенок совершенно свободен по отцу и раб — по праву истца, именно — собственника его матери. Но так как ребенок находится во владении отца без всякой с его стороны вины или незаконного действия, то отец не ответствен за это, если не станет препятствием к получению ребенка его собственником (как было определено в случае, касающемся ребенка присвоенной рабы); но он становится препятствием только тогда, когда по предъявлении истцом требования откажется передать ребенка; посему принимается в расчет стоимость ребенка в день состязания, так как с этого дня препятствие обнаруживается. Поэтому, если бы ребенок умер, находясь во владении истца до дня состязания, то отец не ответствен, так как с его стороны препятствия не возникло. Отсюда следует также, что если ребенок оставит после себя имущество, то отец наследует ему, так как ребенок был совершенно свободен по праву своего отца. Если бы, далее, отец убил сына, то он должен в этом случае вознаградить за стоимость его, так как он сам создал препятствие к осуществлению права собственника. Равным образом, если бы кто-либо другой убил дитя и отец потребовал бы пеню за кровь, то он должен уплатить стоимость ребенка собственнику, так как, хотя ребенка и нет, однако вознаграждение за него в целости остается в руках истца (ибо пеня за кровь есть вознаграждение); а так как вознаграждение есть эквивалент существования самого предмета и препятствие к выдаче эквивалента равносильно препятствию к выдаче самого предмета, то отсюда следует, что он обязан уплатить стоимость так же, как и при существовании ребенка. Следует заметить, что после уплаты вознаграждения за стоимость дитяти покупатель вправе получить эту стоимость от продавца, так как последний был ответствен перед покупщиком за целостность и сохранность таковой; посему он вправе требовать от продавца стоимость ребенка так же, как и цену матери. Другое дело — в случаях акира, или пени за нарушение владения, так как он не вправе требовать таковую от продавца. Поэтому покупатель, имевший половые сношения с принадлежащей другому лицу женщиной, хотя и не подлежит наказанию за блудодеяние ввиду наличия сомнения, обязан, однако, уплатить собственнику акир, или пеню за нарушение владения; но он не должен требовать себе вознаграждения от продавца, потому что уплатил пеню за действие, выгодой которого он воспользовался один.

КНИГА XXV

ОБ ИКРАРЕ, ИЛИ ПРИЗНАНИЯХ

Определение термина. Икрар на языке закона означает заявление или подтверждение чужого права над своим правом. Лицо, чинящее признание, называется мукир; лицо, в чью пользу учинено признание, — мукирен-лях, а вещь, составляющая предмет признания, — мукирен-бих.

Глава I. Введение.

Глава II. Об изъятиях и о том, что считается равносильным изъятию.

Глава III. О признаниях, чинимых больными лицами.

Глава I

ВВЕДЕНИЕ

Признание, учиненное правоспособным лицом, обязательно для признавшегося. Если лицо, обладающее здравым рассудком и совершеннолетнее, учинит признание известного права, то оно для него обязательно, хотя бы предмет признания и не был известен, потому что признание есть подтверждение чужого права над своим; оно делает чужое право обязательным и служит к установлению такого права ввиду того, что имущество составляет предмет желаний для всех, и невероятно, чтобы кто-либо без основания признал чужое право над своим собственным. Сверх того, Пророк приговорил Мааза к побитию камнями на основании его признания в блудодеянии.

Но не для другого лица. Здесь следует заметить, что признание составляет лишь относительное доказательство; другими словами, оно действительно только относительно признавшегося, а не другого лица, так как по отношению к другим оно не имеет силы.

Для действительности признания необходимы условия: свобода. Свобода есть необходимое качество признающегося лица для абсолютной действительности признания (то есть относительно собственности и т.п.), ибо хотя привилегированный раб относительно присяги поставлен в действительности в такое же положение, как свободный, но признание, учиненное простым рабом по отношению к имуществу недействительно, а действительно только по отношению к наказанию или возмездии. Причина этого заключается в том, что признание простого раба налагает на него долговое обязательство, а так как он сам составляет собственность своего гос-

подина, то положение оказывается таким же, как если бы он учинил признание относительно другого, что незаконно. Другое дело — привилегированный раб; признание его действительно, так как господин, ставя его в привилегированное положение, соглашается на вступление его в обязательства с другими лицами. Другое также дело — признание простого раба в случаях наказания и возмездия, ибо если бы такой раб сказал: «Я совершил блудодеяние с такой-то женщиной» или «Я убил такое-то лицо», то признание его было бы действительно, так как признается, что раб в делах, касающихся наказания и возмездия, возвращается к первоначальному своему свободному состоянию (вследствие чего в этих случаях признание его господина по отношению к нему недействительно).

Здравый рассудок и совершеннолетие. Здравый рассудок и совершеннолетие также составляют необходимые условия признания, потому что признание несовершеннолетнего или слабоумного недействительно, так как ни тот, ни другой не могут вступать в обязательства. Однако признание привилегированного несовершеннолетнего действительно, так как он, в сущности, совершеннолетен.

Неведение относительно предмета признания не делает таковое недействительным. Неведение относительно предмета не разрушает действительности признания, так как бывает, что и неизвестное право обязательно. Так, например, если кто-либо нанесет вред чужому имуществу, стоимость которого собственнику неизвестна, или нанесет кому-либо рану, размер пени за которую в данный момент неизвестен, или имеет с другим лицом счеты, не зная остатка в пользу этого другого по счетам. Сверх того, признание есть указание на право другого; поэтому признание неизвестного права действительно.

Но неведение лица, в пользу которого признание учинено, делает таковое недействительным. Другое дело, если неизвестно лицо, в пользу которого делается признание: такое признание недействительно, так как право не может принадлежать неизвестному лицу. Посему, так как признание неизвестного права действительно, то признающее лицо должно описать это право, ибо неизвестность происходит по его вине; таким же образом, как если кто-либо отпускает на волю одного из двух рабов, в каком случае он должен определить того, на которого эмансипация распространяется. Если признавшееся лицо станет отказываться от определения, то казий должен принудить его, так как он обязан освободить себя от ответственности, основанной на действительном признании, а достигнуто это может быть только определением признанного права.

Признание, учиненное в общих выражениях, должно быть ограничено предметом, подлежащим оценке. Если кто-либо скажет: «Я должен вещь (или обязан правом) известному лицу», то он должен точнее определить, что должен, чтобы обязательство его могло быть оценено, потому что он признал обязательство; но вещь, которую нельзя оценить, не производит обязательства. И если он указывает что-либо, не подлежащее оценке, то это считается отречением от признания, которое в светских делах не допускается. Равным образом, если кто-либо скажет: «Я завладел вещью такого-то лица», то он должен объяснить, какая это вещь, подлежащая оценке и к завладению которою представлялось препятствие, ибо завладение имеет место только

там, где есть препятствие к получению вещи, но, по установившему обычаю, такого препятствия нет по отношению к вещам, не имеющим цены.

И если требуется больше того, что указано признавшимся лицом, то заявлению его, подкрепленному присягою, дается вера. Если кто-либо учинит признание относительно неизвестной вещи или неизвестного права и затем более точным образом определит предмет признания, причем окажется, что он имеет ценность, а лицо, в пользу которого учинено признание, потребует больше того, что признано, то в этом случае следует дать веру заявлению учинившего признание, подкрепленному присягою.

Признание, учиненное под общим выражением «имущество», должно быть принято согласно объявлению признавшегося. Если кто-либо скажет: «Я должен такому-то лицу имущество», то он должен указать количество; и какое бы количество он ни указал, ему следует верить, так как от количества не зависит характер имущества. Если, однако, он укажет менее одного диргама, то этого не следует допускать, так как, по общему обычаю, вещь ценностью менее диргама не считается имуществом.

Но если признание относится к значительному имуществу, то оно не может означать менее того, что составляет нисаб в имуществе, к которому оно относится. Если бы он сказал: «Я должен значительное имущество», то, по мнению обоих учеников (а также согласно одному преданию об Абу Ханифе), признание это не может относиться к имуществу ценностью менее двухсот дарагимов, ибо, если он называет имущество значительным, то не следует верить указанию на стоимость его ниже двухсот дарагимов, так как в противном случае название этого имущества значительным было бы ни на чем не основано, ибо наименьшая сумма, которую можно назвать значительною, есть та, которая составляет нисаб в закате, именно — двести дарагимов, и обладание этою суммою дает право называться человеком с достатком. Существует другое мнение, приписываемое Абу Ханифе, по которому указание на сумму менее десяти дарагимов (что составляет нисаб при краже) не должно быть допускаемо, потому что десять дарагимов могут быть справедливо названы значительным имуществом, ввиду чего за кражу такой суммы рука человека (которая иначе неприкосновенна) подлежит отнятию. Изложенное здесь касается значительного имущества, состоящего в дарагихмах. Но если бы он сказал: «Я должен значительное имущество, состоящее в динарах», тогда должная сумма определяется в двадцать мискалей. Если имущество заключается в верблюдах, то сумма эта равняется двадцати пяти, так как наименьший нисаб, по которому верблюд дается в закат, есть двадцать пять. Относительно всякого имущества, не подлежащего закату, указание на ценность должно соответствовать нисабу, то есть если лицо, учинившее признание, определяет ценность имущества в размере нисаба, то признанию его следует верить; если же в меньшем размере, то признание должно быть отвергнуто. Если бы кто-либо сказал: «Я должен большие имущества», то наименьшая сумма, которую можно в этом случае указать, равняется трем нисабам такого рода имущества, к которому признание относится, так как слово «имущества» употреблено во множественном числе, а низшая степень множественного числа есть три.

Случай признания долга, состоящего из многих дарагимов. Если кто-либо скажет: «Я должен много дарагимов», то, по Абу Ханифе, он не может быть должен менее

десяти дарагимов. По мнению обоих учеников, сумма долга в этом случае не может быть менее двухсот, ибо собственник нисаба (двухсот дарагимов) считается зажиточным, вследствие чего он обязан оказывать помощь другим, собственник же меньшей суммы — не обязан. Рассуждения Абу Халифы основаны на началах, свойственных арабскому языку.

Или вообще из дарагимов. Если признающийся заявляет: «Я должен дарагимы», то предполагается, что он подразумевает три дарагима, так как это есть низшая степень множественного числа. Но если он сам пояснит, что должен больше, то следует принять указанную им цифру, ибо слово «дарагимы» может относиться ко всякой сумме. Вес дарагимов должен быть определен по обычаю.

Раздел

Признание, учиненное в пользу зародыша (в силу отказа или наследственного права), действительно. Если кто-либо говорит: «Я должен тысячу дарагимов зародышу в утробе известной женщины», а затем добавляет: «Я должен указанную сумму в силу отказа такого-то лица» или: «Сумма эта составляет собственность зародыша в силу наследственного права после его родителей», то такое признание действительно, поскольку оно относится к предмету, могущему стать собственностью зародыша.

Если только рождение имеет место в пределах вероятного периода беременности. Поэтому, если женщина впоследствии родит живого младенца в такое время, что существование зародыша в момент признания не подлежит сомнению, то признавшийся не становится должником ребенка в сумме тысячи дарагимов.

Если ребенок рождается мертвым, то вещь, составляющая предмет признания, должна быть разделена между наследниками; если же родятся близнецы, то вещь следует разделить между ними. Если, с другой стороны, женщина родит мертвого ребенка, то признание относится к завещателю или наследователю, и объект его должен быть разделен между наследниками последних, ибо в действительности признание было учинено в пользу завещателя или наследователя и было отнесено к зачатому ими ребенку лишь под условием рождения его живым, каковое условие не осуществилось. Если женщина родит двух живых младенцев, то предмет признания делится между ними в равных частях.

Но если такое признание связывается с невозможным основанием, то оно ничтожно. Если кто-либо говорит: «Я должен зародышу в утробе такой-то женщины тысячу дарагимов, составляющие цену вещи, купленной у этого зародыша» или: «Составляющие занятую мною у него сумму», то никакого обязательства для лица признающегося не возникнет, так как, по его объяснению, оно вытекает из основания, которое не могло иметь места, ибо зародыш не способен ни давать займы, ни продавать.

Равно и в том случае, когда признание учиняется без указания основания. Если кто-либо признает себя должным зародышу без указания основания долга, то такое признание, по Абу Юсуфу, недействительно. Имам Мухаммад утверждает, что оно действительно, ибо, так как признание составляет доказательство, то необходимо осуществить его, насколько это возможно; а в данном случае осуществление его воз-

можно, если предположить основание, способное установить право собственности зародыша. Абу Юсуф доказывает, что при абсолютном признании следует предположить, что такое вытекает из торгового оборота (вследствие чего признание привилегированного раба или одного из участников товарищества относительно другого считается вытекающим из торгового оборота); поэтому здесь мы имеем дело с таким же случаем, как если бы признающийся положительно выразил, что основание признания — торговые обороты; а так как такое признание было бы недействительно, то недействительно и признание, лишь предположительно имеющее основанием торговый оборот.

Признание, относящееся к существующему, но еще не произведенному предмету, недействительно. Если кто-либо признает, что зачатый в утробе рабы младенец или приплод козы принадлежит другому, то такое признание обязательно. Так как сделанный им в завещании отказ одного из них был бы действителен, то предполагается, что в его намерении был именно такой отказ.

Признание, учиненное под условием, исполнение которого зависит от должника, действительно, самое же условие ничтожно. Если кто-либо учинит признание, что «он должен другому тысячу дарагимов под произвольным условием» (другими словами, если бы он сказал: «Я должен указанную сумму, но имею право выбора в течение трех дней»), то в этом случае условие ничтожно, ибо такое условие устанавливается с целью уничтожения, между тем как признание есть обязательное заявление; поэтому признание обязательно и не становится ничтожным вследствие ничтожности условия.

Глава II

ОБ ИЗЪЯТИЯХ И О ТОМ, ЧТО СЧИТАЕТСЯ РАВНОСИЛЬНЫМ ИЗЪЯТИЮ¹

Изъятие части признанного предмета действительно, если оно непосредственно соединено с признанием; но если изымается весь предмет признания, то изъятие недействительно. Если кто-либо учинит признание в пользу другого, сделав изъятие для части признанного предмета, то такое изъятие действительно, а признавшийся становится должником лишь остальной части, как бы она ни была велика или мала, если только изъятие было непосредственно соединено с признанием². Если, напротив, он изымает весь признанный предмет, то признание действительно, а изъятие ничтожно, так как в действительности это представляется не изъятием, а отказом от признания, ибо изъятие предполагает остаток после исключения изъятой части из целого; но после исключения целого остатка нет, поэтому такое изъятие есть отказ от признания и, следовательно, ничтожно.

¹ «Что считается равносильным изъятию», то есть о разного рода ограничениях и т.п.

² То есть, если оно выражено в одном предложении с признанием.

Изъятие должно быть однородно с признанием; иначе оно недействительно. Если кто-либо говорит: «Я должен известному лицу сто дарагимов, за исключением одного динара» (или «одного кафиза пшеницы»¹), то тогда, по мнению обоих учеников, он становится должником в сумме ста дарагимов, за исключением одного динара (или одного кафиза пшеницы.). Если, напротив, он говорит: «Я должен сто дарагимов, за исключением такого-то платья», то подобное изъятие недействительно. С другой стороны, имам Шафии полагает, что оно в обоих случаях действительно. Имам Мухаммад доказывает, что изъятие составляет вычет из предмета, означенного в первой части предложения; но такой вычет не может быть произведен там, где вычитаемое не однородно с уменьшаемым. Имам Шафии же утверждает, что как вычитаемое, так и уменьшаемое однородны, ибо и то, и другое подлежит оценке. Доказательства обоих учеников заключаются в том, что в первом случае самый предмет и изъятие из него однородны, так как и то, и другое составляют цену: динары, как то очевидно, и равным образом предметы, измеряемые весом, по их свойству; другими словами, они становятся мерилем ценности ввиду их свойства, как объяснено выше. Во втором случае (где изымается одежда), напротив, изъятый предмет и тот, из которого изъятие произведено, разнородны, ибо платье ни в каком случае не есть цена ни само по себе, ни по своим свойствам; посему является исключением договора саям (в котором цена уплачивается продавцу вперед). Но то, что составляет цену, обладает тем свойством, что может быть сравниваемо с дарагими или динарами и, следовательно, в пропорциональной части вычитается из них, между тем как, с другой стороны, то, что не составляет цены, не может быть и сравниваемо с дарагими и динарами, а потому не может составлять и изъятие из них, так как пропорция не может быть установлена.

Ссылка на божью волю делает признание ничтожным. Если кто-либо учиняет признание под условием «Если Богу угодно», то он не связан ничем, ибо (по Абу Юсуфу) ограничение божьею волею составляет или уничтожение признания или временное устранение его; а признание ничтожно в обоих случаях: или, во-первых, потому, что (как утверждает имам Мухаммад) оно равносильно признанию, поставленному в зависимость от условия, каковое признание ничтожно, так как признание не может быть условно, ибо, если оно правдиво, то не может стать неистинным вследствие неосуществления условия, если же оно ложно, то не может стать правдивым вследствие осуществления условия; или же, во-вторых, потому, что признание поставлено в зависимость от обстоятельства, которое невозможно установить. Иное дело, если кто-либо говорит: «Я признаю, что должен сто дарагимов известному лицу после моей смерти», или: «По наступлении известного месяца», или: «По прошествии поста», ибо в этих случаях признание не поставлено в зависимость от условия, так как здесь имеется простое указание срока, отдаление, а не устранение предмета признания; вследствие чего, если лицо, в пользу которого признание учинено, может доказать ложность отдаления, то для него возникает право на немедленное удовлетворение.

¹ При счете зерно употребляется наравне с монетою и признается однородным с нею: ими одинаково обозначается цена (как выражение ценности) и измеряется собственность.

В признании, касающемся дома, изъятие фундамента недействительно. Если кто-либо учинит в пользу другого признание, касающееся дома, и изъемлет фундамент, то как дом, так и фундамент становятся собственностью лица, в пользу которого учинено признание, ибо фундамент есть принадлежность дома, а не часть его; изъятие же действительно лишь в том случае, если относится к чему-либо, заключающемуся в самом предмете, как часть его. Следует заметить, что драгоценный камень в кольце или деревья в фруктовом саду находятся в таком же отношении к кольцу и саду, как фундамент к дому, ибо ни слово «кольцо», ни слова «фруктовый» сад не содержатся в камне или деревьях, которые включены лишь как принадлежность названных предметов. Другое дело, если кто-либо, учинив признание в пользу другого лица относительно дома, делает изъятие для известной части или определенной комнаты, так как в этом случае изъятие касается предмета, включенного в понятие дома как часть его.

Изъятие для двора при доме допустимо. Если кто-либо говорит: «Фундамент этого дома принадлежит мне, а двор — такому-то лицу», то последнее получает право на двор, а фундамент остается собственностью признавшегося. И в самом деле, случай здесь тот же, как если бы признающийся заявил, что «вся земля, свободная от построек, принадлежит такому-то лицу». Иное дело, если бы вместо слова «двор» он произнес слово «земля»: в этом случае фундамент, а равно и самый дом стали бы собственностью лица, в пользу которого учинено признание, ибо признание относительно земли есть признание и относительно фундамента, как равно и самого дома, так как земля есть первоначальная вещь, а фундамент присоединяется к ней как принадлежность. Поэтому признание относительно земли распространяется на фундамент как на принадлежность таким же образом, как фундамент был бы включен и в признание, учиненное относительно самого дома. Посему изъятие его недействительно.

Возражение о передаче вещи устраняется передачею таковой признавшемуся лицу. Если кто-либо признает себя должным другому лицу тысячу дарагимов, составляющих цену раба, купленного у последнего, но не переданного покупщику, то в этом случае, если продан был определенный раб (например, если бы сказано было: «Как цену этого раба»), то лицу, в пользу которого учинено признание, следует предложить передать раба и получить тысячу дарагимов под страхом утраты права иска.

Автор «Хидои» замечает, что этот случай допускает несколько положений:

I. То, которое только что указано и которое основано на том предположении, что лицо, в пользу которого учинено признание, подтвердило заявление признавшегося о покупке и непередаче раба. В этом случае вопрос разрешается так, как указано выше, ибо взаимное согласие сторон равносильно фактическому установлению заявлений покупщика.

II. Когда лицо, в пользу которого учинено признание, отрицает продажу определенного раба, указываемого признающимся, и заявляет, что «названный раб составляет его собственность, а продан другой раб», то признающийся считается должником признанной суммы, ибо он учинил признание в предположении существования

раба, которого купил, следовательно, при заявлении другого лица о существовании проданного раба он становится должником в указанной им сумме.

Возражение. Казалось бы, что признавшийся не ответствен за признанную цену, ибо он признает долг в тысячу дарагимов за купленного определенного раба; между тем лицо, в пользу которого учинено признание, ищет тот же долг за проданного другого раба. Но так как признание обязательно лишь в связи с основанием, которое указано для него, а в данном случае лицо, в пользу которого признание учинено, отрицает указанное основание, то отсюда следует, что признание недействительно.

Ответ. При согласии сторон относительно существования обязательства разногласие относительно основания не имеет значения. Так, если кто-либо признает себя должным другому тысячу дарагимов «за купленное у него имущество», а лицо, в пользу которого учинено признание, утверждает, что обязательство возникло из завладения или займа, признавшийся одинаково ответствен в признанной сумме; и то же самое следует сказать относительно рассматриваемого случая.

III. Когда лицо, в пользу которого учинено признание, объявляет, что указанный раб составляет его собственность и отрицает продажу его. В этом случае признавшийся свободен от всякого обязательства, так как он признал лишь долг за купленного раба, а раз не было продажи, то нет и долга.

Но в случае разногласия относительно предмета обе стороны должны присягнуть. Если, однако, в рассматриваемом случае лицо, в пользу которого учинено признание, далее объяснит, что «оно продало ему (признавшемуся) другого раба», то обе стороны должны присягнуть, ибо они обе являются ответчиками, так как взаимно отрицают утверждения, ими выставленные. После же обоюдной присяги обязательство, вытекающее из признания, уничтожается, и раб остается у лица, в пользу которого признание было учинено.

Если предмет не определен индивидуально, то ограничение не принимается во внимание. Все вышесказанное относится к тому случаю, когда речь идет об определенном рабе, ибо если кто-либо признает долг в тысячу дарагимов за раба, купленного у другого лица, причем раб этот не определяется индивидуально, то признавшийся ответствен к сумме в тысячу дарагимов, а заявление его о том, что «он не получил этого раба», по Абу Ханифе, не принимается во внимание, сделано ли оно вместе с признанием или отдельно, ибо такое заявление есть отказ от признания: признавая долг в тысячу дарагимов, покупатель принимает на себя обязательство в этой сумме, а отрицая получение неопределенного раба, он отрицает это обязательство, так как ввиду неопределенности предмета не может существовать обязательства платежа цены за него; и это одинаково применимо к тому случаю, когда неопределенность заключается в самом договоре (например, когда покупается один из двух рабов) или когда неопределенность эта привходяща (например, когда кто-либо из множества рабов покупает одного определенного, а затем и покупатель, и продавец забудут, который именно из рабов был продан). Неопределенность препятствует передаче, так как продавец всегда может возразить, что указываемый покупщиком раб не был продан; поэтому неопределенность есть препятствие к возникновению обязательства плате-

жа; а при таких условиях признающийся, отрицая получение раба, в действительности берет назад признание, что недопустимо.

Оба ученика утверждают, что если лицо, в пользу которого учинено признание, подтвердит заявление признавшегося о том, что тысяча дарагимов составляют долг за проданного раба, то следует дать веру заявлению признавшегося о неполучении раба, и что в этом случае для него не возникает обязательство, было ли заявление его сделано совокупно с признанием или иначе. Но если лицо, в пользу которого учинено признание, возражает против заявления признавшегося, утверждая, что долг возник за другое имущество, тогда заявлению признавшегося о передаче ему раба не следует верить, если оно не было сделано совокупно с признанием. Рассуждения их заключаются в том, что ввиду признания долга и указания его основания (именно — купли), если лицо, в пользу которого признание учинено, подтвердит заявление касательно основания долга, то факт купли представляется вполне установленным; однако обязательство платежа долга может быть установлено только признанием купленного предмета, но так как признавшийся отвергает получение раба, то заявлению его следует дать веру. Если бы, с другой стороны, лицо, в пользу которого учинено признание, оспаривало заявление признавшегося об основании обязательства, то на указание признавшегося следует смотреть как на видоизменение (то есть указанием этим он видоизменяет содержание первой части своей речи), ибо первая часть его речи имеет целью установить лежащее на нем обязательство, между тем как последняя часть, отрицающая получение предмета, стремится установить отсутствие обязательства; а обязательство платежа устанавливается только получением предмета договора. Поэтому последняя часть речи есть пояснительное видоизменение; но видоизменение допускается, если оно выражено совокупно с признанием.

Следует давать веру возражению о неполучении признанного предмета. Если кто-либо признает факт купли предмета у другого лица и в то же время заявит, что «он еще не получил купленный предмет», то заявлению его следует верить, по мнению всех наших ученых, ибо он признал лишь существование договора продажи; но признание продажи не есть признание получения купленного, так как между продажей и передачей вещи нет необходимой связи. Иное дело, если признается обязательство платежа за купленную вещь: в этом случае заявление о неполучении вещи не принимается, так как платеж обязателен только после получения купленного.

Незаконность основания обязательства не уничтожает признания. Если мусульманин заявит, что «он должен такому-то лицу тысячу дарагимов за вино или свинину», то он ответствен в сумме тысячи дарагимов, а заявление его об основании долга, по Абу Ханифе, не принимается в соображение, сделано ли оно совокупно с признанием или иначе, ибо это есть отказ от признания, так как долг за вино или свинину не может быть обязателен для мусульманина, а в предыдущей части своей речи он положительно удостоверил существование обязательства. Оба ученика утверждают, что если заявление сделано совокупно с признанием, то признавшийся ничего не должен, так как последняя часть его речи очевидно доказывает, что таково было его намерение. Заявление это равносильно прибавке: «Если Богу угодно». Но на это можно ответить, что между обоими случаями нет аналогии, так как ограничение божьею

волею равносильно поставлению обязательства в зависимость от условия, наступление которого невозможно установить. Кроме того, поставление в зависимость от условия есть видоизменение и, следовательно, допустимо, если только оно выражено совокупно с признанием, в противоположность случаю признания цены вина или свинины, что составляет не обусловление, а уничтожение признания, как уже объяснено выше.

Заявление о качестве признанной монеты устраняется противоположным заявлением лица, в пользу которого признание учинено. Если кто-либо объявляет, что «он должен такому-то лицу тысячу дарагимов как цену известных предметов» или «по займу», а затем заявит, что упомянутые тысяча дарагимов суть зеифы, или бинхарджа, или сатука, или арзиз, а лицо, в пользу которого учинено признание, заявит, что джид¹, то в этом случае, по Абу Ханифе, признавшийся должен дарагимы джиды независимо от того, сделано ли последнее его заявление совокупно с признанием или отдельно. Оба ученика утверждают, что следует дать веру последнему заявлению признавшегося, если только оно сделано совокупно с признанием, а не иначе. То же разногласие замечается относительно случая, когда кто-либо заявляет, что «он должен другому тысячу дарагимов», и прибавляет, что «дарагимы эти — зеифы», или что «другой дал ему займы тысячу дарагимов, но зеифами», или что «он должен другому тысячу дарагимов за известное имущество, но зеифами». (Зеифами называют те дарагимы, которые не принимаются общественным казначейством, но имеют курс между купцами; бинхирджа — монеты худшего качества, но принимаются купцами; сатука и арзиз — монеты самого худшего качества: в них преобладает лигатура). Оба ученика доказывают, что упомянутое заявление есть видоизменение и, следовательно, действительно, если выражено совокупно, так же, как условие или изъятие, ибо слово «дарагимы» буквально применимо к зеифам и в переносном значении — к сатука. Поэтому заявление признавшегося, что дарагимы эти — зеифы или сатука, есть лишь видоизменение, так же, как если бы кто-либо заявил, что «он должен тысячу дарагимов, но таких, что десять штук весят пять мискалей». Абу Ханифа полагает, что заявление о том, что дарагимы суть зеифы и сатука, равносильно отказу от признания, ибо безусловный договор предполагает дарагимы, свободные от недостатков, между тем как зеифы и сатука — монеты с недостатками. Но ссылка на недостаток есть отказ от части обязательства, возникающего из признания. Случай здесь тот же, как если бы продавец сказал покупщику: «Я продал тебе вещь с недостатком, о существовании которого ты знал», а покупщик стал бы отрицать свое знание о недостатке, в каковом случае следует дать веру отрицанию покупщика, так как в его пользу говорит вероятность, ибо всякий безусловный договор предполагает отсутствие недостатков. Кроме того, дарагимы сатука не суть мерило ценности; но так как договор продажи немислим без указания цены, то отсюда следует, что его заявление в действительности есть отказ от признания. (Что касается приводимого обоими учениками случая «признания долга в тысячу дарагимов при заявлении, что десять

¹ Чистая монета ходячего образца. Остальные названия объяснены несколько далее.

дарагимов весят пять мискалей», то следует заметить на это, что ограничение допустимо, потому что оно относится исключительно к ценности или количеству дарагимов, к которым применимо слово «дарагимы». Иное дело — при указании добротности дарагимов, ибо здесь слово «дарагимы» собственно не может быть применено: такое ограничение недопустимо, как и изъятие фундамента дома).

Но ограничение, касающееся рода монет, а не качества их, противоположным заявлением лица, в пользу которого учинено признание, не устраняется. От рассмотренного отличается тот случай, когда кто-либо признает себя должным другому кур пшеницы как цену раба, но заявляет, что пшеница низкого сорта, ибо сорт пшеницы составляет не качество, а род, и безусловный контракт не требует непременно, чтобы пшеница была высшего сорта. В книгах, за исключением «Захири-Риваята», передается как мнение Абу Ханифы, что в случаях займа следует давать веру заявлению признающего о том, что заем сделан в дарагимах зеифах, если только заявление это выражено совокупно с признанием, ибо заем не бывает без передачи заемщику занятой суммы, и часто случается, что даются в заем дарагимы зеифы, так же, как при завладении. В «Захири-Риваяте» объясняется, что по общему обычаю, сделки заключаются в доброкачественных дарагимах, а потому, если сделка была абсолютная, то следует подразумевать доброкачественные дарагимы.

Ограничение в отношении качества допустимо, если признающийся не упоминает об основании обязательства. Если кто-либо признает, что он должен другому тысячу дарагимов — зеифов, не упоминая об основании обязательства (например, о продаже или займе), то некоторые ученые утверждают, что такому заявлению о качестве дарагимов следует верить. Другие, однако, полагают, что, согласно Ханифе, такое заявление недопустимо, ибо, так как признание безусловно, то оно может относиться или к законным договорам, или к произвольным актам, каковы завладение или повреждение имущества, что незаконно; принимается же первое предложение, так как признание следует скорее связать с законным основанием, чем с незаконным.

Или хотя и упоминает, но основанием является или завладение, или поклада. Если кто-либо признает, что он завладел тысячью дарагимов или получил таковые на сохранение, а затем станет утверждать, что указанные дарагимы были зеифы или бинхирджа, то следует верить его заявлению, будет ли оно выражено совокупно с признанием или отдельно от него, ибо люди привыкли завладевать всем, что находят, и отдавать на сохранение все то, чем бы ни владели¹. А потому ни один из этих актов не предполагает дарагимов джид (то есть доброкачественных). Посему заявление признающего о том, что речь идет о дарагимах (зеифах или бинхирджа), равносильно установлению рода и, следовательно, допустимо, даже будучи сделано отдельно от признания. По той же причине, если незаконный владелец представит вещь с недостатками в качестве той вещи, которой он завладел, или поклажеприниматель представит такую же вещь в качестве принятой на сохранение, то заявление их допустимо. Передают, как мнение Абу Юсуфа, что в случае признания незаконного владе-

¹ Не обращая внимания на род или качество.

ния заявлению признавшегося о том, что дарагимы были зеифы, не следует давать веры, если оно сделано отдельно от признания, ввиду аналогии этого случая с случаем займа, а именно того обстоятельства, что в обоих случаях ответственность основана на факте получения предмета во владение, ибо он полагает, что в случае займа заявление заемщика о том, что занятые монеты были зеифы, не может быть принято; и то же самое имеет место в рассматриваемом случае.

Признание, относящееся к поклаже или завладению дарагими сатука. Если кто-либо признает, что завладел тысячью дарагимов или получил их на сохранение, и заявляет, что это были дарагимы сатука, то следует верить его заявлению, если оно сделано совокупно с признанием, но не иначе, ибо, хотя в действительности сатука и не есть род дарагимов, но принято, в переносном смысле, применять к ним это слово. Посему упоминание этого термина есть видоизменение и, следовательно, должно быть сделано совокупно.

Исключение части из целого не должно быть допускаемо, если делается отдельно. Если кто-либо заявляет, что «он должен такому-то тысячу дарагимов за известное имущество», или что «он получил займы тысячу дарагимов», или что «он получил тысячу дарагимов на сохранение», или что «он должен тысячу дарагимов зеифов», или что «он незаконно завладел тысячью дарагими», а затем исключит известное число дарагимов из обязательства, то ни в одном из этих случаев заявление его не может быть принято, если оно сделано отдельно от признания. Если же оно сделано совокупно с признанием, то должно быть допущено, ибо заявление это имеет значение изъятия, а изъятие действительно, если сделано совокупно. Иное дело, если он утверждает, что дарагимы — зеифы, так как ограничение такого рода недействительно, ибо словом «зеиф» обозначается качество; но выражение применимо только к количеству, а не качеству¹; ограничение же допускается лишь в отношении того, что может быть точно выражено.

Разве это происходит вследствие неустранимой причины. Следует, однако, заметить, что если изъятие отделено от признания по необходимости (каковы кашель или одышка), то оно признается сделанным совокупно, так как перерыв был неизбежен.

В признании о незаконном завладении поврежденный предмет должен быть принят. Если кто-либо признает незаконное завладение платьем, а затем представит попорченное платье, то оно должно быть принято, так как завладение не ограничено новыми или целыми предметами.

Когда имущество потеряно, а признающийся утверждает, что оно дано было на сохранение, другая же сторона — что признающийся незаконно завладел этим имуществом, то последний становится ответственным. Если Заид говорит Омару: «Я взял у тебя тысячу дарагимов на сохранение, и они потеряны», а Омар возражает: «Нет, ты незаконно завладел ими», то в этом случае Заид отвечает за потерянное. Если, напротив,

¹ Это, вероятно, означает, что числа допускают точное и определенное выражение, между тем как качество может быть удостоверено лишь исследованием и осмотром.

Заид скажет: «Ты дал мне тысячу дарагимов на сохранение, и они потеряны», а Омар возразит: «Нет, ты незаконно завладел ими», то Заид не отвечает за потерянное. Разница между приведенными двумя случаями состоит в том, что Заид (в первом случае) сперва признает факт, влекущий ответственность, именно — факт взятия, а затем исключает ответственность, утверждая, что держал предмет в виде поклажи. Но поклада предполагает согласие Омара; Омар же отрицает согласие; и так как он ответчик, то отрицанию его, подкрепленному присягою, следует верить. Во втором случае, напротив, Заид не учиняет признания, подвергающего его ответственности, ибо, употребляя слова «дал», он приписывает действие Омару, а не себе; но никто не отвечает за действия другого. Омар, с другой стороны, указывает против Заида основание к ответственности, именно — незаконное завладение, каковое Заид отрицает; а так как он (Заид) ответчик, то отрицанию его, подтвержденному присягою, дается вера. Следует заметить, что в данном случае, слово «получить» равносильно слову «взять», а слово «предоставить» — слову «дать». Так, если бы признающийся вместо «взял» сказал бы: «Получил тысячу дарагимов», то он ответствен. Если, напротив, он говорит: «Ты предоставил мне» вместо: «Ты дал мне», то он не ответствен.

Возражение. Ни дача, ни предоставление не могут иметь места без принятия другою стороною. Поэтому признание в даче или предоставлении равносильно признанию в получении; а потому, казалось бы, что в обоих случаях признающийся ответствен.

Ответ. Дача и предоставление вещи другому часто совершаются простым отказом от права на вещь (то есть без приглашения другого взять вещь), а иногда поставлением предмета перед другим. Поэтому дача и предоставление могут быть осуществлены без принятия или взятия; а отсюда признание дачи или предоставления не заключают в себе признания получения или взятия. Кроме того, если и допустить, что принятие устанавливается дачею или предоставлением, то все же оно устанавливается лишь как вывод; но такого рода установление допустимо только в случаях необходимости; и в данном случае нет необходимости установить ответственность за потерянное.

Но он не ответствен, если признает поклажу, а другой заявляет о займе. Если кто-либо говорит другому: «Я взял у тебя тысячу дарагимов на сохранение», а другой возражает: «Нет, ты взял их взаймы», то в этом случае следует допустить заявление признающегося, несмотря на употребление им слова «взял», ибо обе стороны согласны в том, что дарагимы были взяты с согласия лица, в пользу которого учинено признание, но последний заявляет о займе (который влечет ответственность), между тем как признающийся заявляет о поклаже. Очевидна разница между этим случаем и только что рассмотренным, когда лицо, в пользу которого учинено признание, заявляет о незаконном завладении, ибо это лицо является ответчиком, так как отрицает свое согласие.

Случай признания в получении денег с оговоркою, что деньги эти — собственность признающегося. Если кто-либо говорит: «Эта сумма в тысячу дарагимов, составляющая мою собственность, находилась в виде поклажи у такого-то лица и, как таковую, я взял ее у него», а другой станет отрицать, заявляя, что упомянутая сумма при-

надлежит ему, то в этом случае он вправе взять ее от признавшегося, ибо последний признает, что он взял спорные деньги от него как свою собственность, каковое обстоятельство отрицается другим; а его отрицанию, как отрицанию ответчика, следует верить.

Случай признания в получении определенного имущества с тою же оговоркою. Если кто-либо утверждает, что дал займы другому животное для езды и последний по миновании надобности возвратил ему животное, или что он дал другому напрокат платье и этот последний после употребления возвратил таковое; а другой возражает, заявляя, что упомянутое животное или платье — его собственность; то в этом случае, по Абу Ханифе, следует верить заявлению признавшегося, согласно благоприятному толкованию. Оба ученика утверждают, что должно дать веру заявлению противной стороны; и это подтверждается аналогиею. То же самое разногласие имеет место там, где вместо отдачи внаем признающийся утверждает, что он ссудил свою лошадь другому для езды, или свой дом для жительства, или отдал свое платье другому в починку и затем взял вещь обратно, а другой заявит, что вещь — его собственность. По аналогии следовало бы (как уже было упомянуто, когда речь шла о поклаже), что признающийся признал, что он взял и владеет вещью, которая, однако, по его словам, принадлежит ему; но заявление это отрицается лицом, в пользу которого признание учинено; а так как он — ответчик, то отрицанию его следует верить. Основания к более благоприятному толкованию в этом случае — двоякого рода. Во-первых, получение вещи в случаях найма и ссуды устанавливается не само по себе, а по необходимости (то есть по необходимости определить объект договора, именно — право пользования предметом), а потому последствие договора ограничивается требованиями необходимости. Отсюда признание найма или ссуды не заключает в себе признание получения вещи, как в случае поклажи. Во-вторых, так как в случаях найма, ссуды и жительства владение лица, в пользу которого учинено признание, установлено лишь признанием другого лица, то следует допустить указание последнего на природу владения. Иное дело — в случае поклажи, ибо поклажа может иметь место без передачи, например, если чье-либо платье ветром занесено в чужой дом, то платье становится поклажею у собственника дома, хотя формальной передачи не было. Автор настоящего сочинения замечает, что существо различия между случаями найма, ссуды или жительства и случаем поклажи (как объяснено выше) заключается не в том, что в последнем употреблено слово «взял», а в первых не употреблено, ибо это слово употреблено имамом Мухаммадом в рассматриваемом случае, в «Мабсуте», где говорится о признании; но оно заключается в тех двух основаниях к более благоприятному толкованию закона, которые указаны выше.

Если кто-либо говорит: «Я получил от такого-то лица платеж тысячу дарагимов, которые он мне был должен» или: «Я одолжил такому-то лицу тысячу дарагимов и получил их обратно», а другой отрицает предварительное существование долга, то, по общему мнению наших ученых, следует верить заявлению лица, в пользу которого учинено признание, ибо долг можно погасить лишь способом, аналогичным со способом его установления; а это может случиться лишь посредством получения кредитором части имущества должника, равной его долгу, таким способом, который

влечет ответственность. Поэтому признающийся, говоря, что он получил от другого платеж долга, признает обстоятельство, служащее основанием ответственности и затем он утверждает свое право собственности на полученное в силу того, что драгоценности получены в уплату долга, каковое обстоятельство отрицается другою стороною. Поэтому сторона эта является ответчиком и, следовательно, заявлению его должно верить. Иное дело при заявлениях о найме, ссуде или жительстве, ибо полученная вещь в этих случаях есть та же, которая, по словам признающегося, была отдана внаймы и т.п. Поэтому между обоими случаями очевидная разница.

Случай спора о недвижимой собственности. Если кто-либо признает, что другой возделал известный участок земли, или построил известный дом, или посадил виноград в известном саду и указанные участки земли, дом или сад находятся во владении признавшегося, а лицо, в пользу которого учинено признание, заявляет право собственности на это имущество, признавшийся же объявит его своею собственностью, заявляя, что другой при возделывании, постройке или насаждении действовал лишь в качестве помощника по его желанию или в качестве наемника, то, по мнению всех наших ученых, следует верить заявлению признающегося, ибо он признает не владение другого лица, но лишь факт совершения им вышеупомянутых действий, которые не предполагают права владения, так как лицо, в пользу которого учинено признание, могло законным образом совершить эти действия над имуществом, бывшим во владении признающегося. Здесь тот же случай, как если бы кто-либо заявил, что такой-то портной сшил ему платье за полдиргама, но что он не получил платье от него, а портной станет утверждать, что платье принадлежит ему: в этом случае признание не устанавливает владения портного, а потому заявлению признающегося дается вера. То же следует сказать относительно рассматриваемого случая. Другое дело, если признающийся говорит, что «он получил владение от портного», ибо отношение этого случая между нашими учеными существует разногласие, подобное вышеописанному.

Глава III

О ПРИЗНАНИЯХ, УЧИНЕННЫХ БОЛЬНЫМИ¹

Долги, признанные на смертном одре (без указания их основания), удовлетворяются после всех других долгов разного наименования. Если кто-либо перед смертью признает долг другому лицу, а также признает другие долги, сделанные в здоровом состоянии или хотя во время болезни, но по известным основаниям (каковы купля или нанесение вреда имуществу), и которые могут быть доказаны, помимо признания, другими способами, или которые он имеет перед своею женою, вышедшею за него во время болезни, за ее махри-мисль (или обычное приданое), то все эти долги

¹ Под словом «больные» во всей этой главе подразумеваются лица, пораженные смертельным недугом (Принцип, на котором закон основывается на аналогии в рассматриваемых случаях, изложен в главе о разводе больных.)

сделанные таким образом в здоровом состоянии или во время болезни, имеют преимущество перед долгами, признанными во время болезни, без указания их основания. Имам Шафии утверждает, что оба рода долгов одинаково действительны, так как признание, составляющее основание тех и других, в обоих случаях одинаково, поскольку оно вытекает из разума. Кроме того, долг и обязательство должника касаются интересов разных лиц. Поэтому признание долга имеет сходство с совершением договора купли или брака: если больной покупает имущество и остается должен цену такового или вступает в брак под условием обычного приданого и остается должен за таковое, то долги, таким образом сделанные, имеют одинаковое значение с долгами, сделанными в здоровом состоянии. То же имеет место в рассматриваемом случае. Наши ученые рассуждают, что признание недействительно, если клонится ко вреду третьих лиц; а признание больного допускает это предположение, ибо права лиц, ставших его кредиторами до болезни, связаны с его собственностью, поскольку они могут обратиться на оное взыскание по своим претензиям; отсюда больное лицо вправе безвозмездно отчудить не свыше одной трети своего имущества. Иначе разрешается вопрос по отношению брака с обычным приданым¹, ибо брак есть одно из насущнейших потребностей больного, потому что подобно тому, как человек побуждается к самосохранению, так же он побуждается к размножению своего рода. Другое так же дело — в случае покупки имущества за соответствующую цену, ибо право кредиторов соединено с существом собственности, а не с формой ее; а в случае купли существо собственности налицо. Кроме того, в здоровом состоянии право кредиторов соединено с личностью должника, а не с собственностью его, ибо, пока он в состоянии приобретать собственность, предполагается, что имущество его растет; напротив, болезненное состояние есть состояние неспособности, и тогда право кредиторов соединено с его имуществом.

Возражение. Если бы связь долгов, сделанных в состоянии здоровья, с имуществом больного препятствовала обязательству по другим долгам ввиду предшествования первых по времени, то отсюда следовало бы, что если больной, учинив признание в пользу одного лица, затем учинит признание в пользу другого, то последнее признание недействительно, так как первое учинено раньше. Между тем, по закону оба признания действительны.

Ответ. Весь период болезни считается единым, ибо весь этот период есть время ограничения; а потому одна часть этого времени одинакова с другою частью. Иначе — в состоянии здоровья, так как состояние это не есть время ограничения, а потому все юридические акты законны, между тем как во время болезни (время ограничений) многие акты незаконны.

Следует заметить, что сделанные во время болезни долги, основание которых известно, имеют преимущество перед такими же долгами, основанием которых является одно только признание, ибо первого рода долги не подвержены сомнениям. Сле-

¹ То есть без точнейшего определения приданого, ибо если больное лицо вступает в брак с определенным приданым, то он ответствен лишь до одной трети всего своего имущества.

дует также заметить, что долги больного, основание которых известно, равносильны долгам здорового, и ни те, ни другие не имеют друг перед другом преимущества: долг за обычное приданое — ввиду необходимости для брака, а долги по договорам купли или займа — ввиду существования эквивалента. Кроме того, право кредиторов связано исключительно с существом; а так как существование этих долгов установлено несомненно, то они равносильны долгам здорового.

Умиряющее лицо не может уступить определенное имущество путем признания. Если больной учинит признание в чью-либо пользу относительно имущества, находящегося в его владении, то такое признание недействительно ввиду ущерба для кредиторов, право которых связано с этим имуществом.

Ни уплатить часть своих долгов (за исключением сделанных во время болезни). Равным образом больной не в праве удовлетворить часть своих кредиторов, ибо такое частичное удовлетворение нарушает права других; и в этом отношении нет разницы между кредиторами больного или здорового, за исключением, однако, того случая, когда больной возвращает занятое во время болезни или уплачивает цену купленного во время болезни и обязательство может быть доказано свидетелями. Другими словами, если больной займет во время своей последней болезни тысячу дарагимов и держит их у себя или купит на них что-либо равноценное, а затем возвращает занятое или уплачивает цену купленного, то это представляется законным, когда может быть доказано свидетелями, ибо эти платежи не наносят ущерба кредиторам, так как признающийся получил эквивалент того, что он уплачивает.

Долг, признанный на смертном одре, удовлетворяется после всех других долгов. Если после удовлетворения всех долгов, пользующихся преимуществом, у больного останется еще имущество¹, то остаток этот должен быть употреблен на удовлетворение долгов, признанных во время болезни, ибо такое признание само по себе действительно и было уничтожено только ради ограждения прав кредиторов; по устранении же препятствия к его осуществлению оно воспринимает действие.

Если нет других долгов, то он удовлетворяется предварительно распределения наследства. Признание долга больным, не имеющим долгов, сделанных до того, действительно, так как не наносит ущерба другим. Долг этот удовлетворяется даже раньше требований наследников, ибо Омар сказал: «Когда больной признает долги, то такие считаются обязательными и удовлетворяются из его имущества». Кроме того, удовлетворение его долгов есть дело необходимости, а право наследников связано с его имуществом лишь под условием свободы такового от долгов. Отсюда уплата расходов на погребение предшествует праву наследников, так как этого требует необходимость.

Признание, учиненное в пользу наследника, недействительно, если не последует согласия со стороны сонаследников. Если больной учинит признание в пользу одного

¹ Этот случай предполагает распределение имущества признавшегося после его смерти, и слово «больной» в этом случае применено к умершему только для указания, что им признаны долги во время болезни, окончившейся смертью.

их своих наследников, то оно недействительно, если не подтверждено другими наследниками. Имам Шафии в одном из относящихся сюда преданий говорит, что оно действительно, так как признание есть обнаружение установленного права и представляется вероятным, что признавшийся сказал правду, ибо разум не допускает неправды, особенно во время болезни. Кроме того, так как религия и справедливость в соединении с разумом должны удержать человека от неправды, то признание больного в пользу своего наследника подобно признанию в пользу постороннего лица, или подобно признанию в пользу привходящего наследника (как если бы кто-либо признал, что «такое-то лицо — его сын», каковое признание действительно, несмотря на то, что уменьшает права других наследников), или подобно признанию уничтожения поклажи (когда, например, кто-либо во время болезни или здорового состояния при свидетелях, даст своему отцу на сохранение тысячу драгоценностей, а затем отец, умирая, признает, что он утратил поклажу, данную его сыном, в каковом случае признание действительно и лицо, в пользу которого оно учинено, получает право на тысячу драгоценностей из имущества признавшегося, хотя этим уменьшается право наследников; и то же самое — в рассматриваемом случае).

Рассуждения наших ученых в этом отношении тройкого рода. Во-первых, Пророк сказал: «Нет отказа в пользу наследника и нет признания долга в пользу наследника». Во-вторых, так как право наследников связано с имуществом больного (ввиду чего не дозволено во время последней болезни безвозмездно отчуждать это имущество), то признание в пользу некоторых наследников недействительно как наносящее ущерб праву других. В-третьих, так как смертельно больной не нуждается в своем имуществе и так как родство связывает всю совокупность наследников с имуществом, когда больной более не нуждается в таковом, то отсюда следует, что в этом периоде признание в пользу части наследников вредит совокупности их. Такой связи с имуществом не существует, однако, в отношении посторонних ввиду необходимости для больного к вступлению с ними в отношения, ибо во многие отношения с посторонними (каковы купля, продажа и т.п.) больной вступил, будучи еще здоровым; и если бы признание этих отношений, учиненное во время болезни, было недействительно, то люди остерегались бы заключать сделки со здоровыми. Поэтому такое признание имеет преимущество над претензией наследников. Следует заметить, что упомянутая здесь связь не разрушает признания больного о родстве, имеющего последствием увеличение числа наследников: больной нуждается в родстве, так как оно продолжает существовать после смерти, и считается, что человек продолжает существовать после смерти в лице своих потомков. Отсюда родство есть одна из потребностей умершего.

Равно как и признание в пользу части наследников. Если больной учинит признание в пользу части своих наследников и другие наследники подтвердят это признание, то оно действительно ввиду устранения единственного к тому препятствия, именно — связи между правом других наследников и имуществом больного, от какового права они сами отказываются.

Признание умирающего в пользу постороннего действительно в объеме всего имущества. Если больной учинит признание в пользу постороннего, то оно действитель-

но, хотя бы им исчерпывалось все имущество, ибо Омар сказал: «Признание долга больным действительно, и долг должен быть удовлетворен из всего его имущества». По аналогии следовало бы, что признание не должно касаться более одной трети его имущества, так как по закону лишь в такой части больному дозволено распорядиться своим имуществом. Однако наши ученые замечают на это, что так как акты больного действительно до одной трети его имущества, то отсюда следует, что признание больного действительно в той же пропорции, и оно тогда становится действительным и относительно остальной трети, ибо со времени признания больного в том, что треть его имущества принадлежит другому, эта треть становится собственностью последнего; а так как остальные две трети составляют тогда все имущество признавшегося, то он вправе учинить признание относительно трети его и так далее, пока ничего не останется.

Возражение. Отсюда следовало бы, что отказ (в завещании) всего имущества также действителен.

Ответ. При отказе треть имущества становится собственностью сонаследника только после смерти завещателя, следовательно, он не может требовать отказанного ему до этого события. Другое дело — признание долга, так как лицо, в чью пользу признание учинено, непосредственно становится собственником. Поэтому между обоими случаями очевидная разница.

Но оно уничтожается последующим признанием больного, что постороннее лицо — его сын. Если больной учинит признание в пользу постороннего, а затем объявит, что «он — его сын», то родство считается установленным, а признание — ничтожно. Если, напротив, больной учинит признание в пользу посторонней женщины, а впоследствии женится на ней, то признание не уничтожается. Разница между этими двумя случаями та, что в первом случае после заявления больного о том, что лицо это — его сын, родство последнего с признавшимся устанавливается с момента зачатия в утробе матери; откуда ясно, что лицо, в пользу которого было учинено признание, было наследником признавшегося в момент признания и что, следовательно, он учинил признание в пользу своего сына, каковое признание недействительно. Иначе — в случае брака, ибо, так как производимое им родство возникает лишь с момента заключения брака, то отсюда следует, что женщина не была наследницей признавшегося в момент признания, следовательно, это признание в ее пользу остается действительным.

Случай признания в пользу отверженной женщины. Если больной отвергнет свою жену троекратным разводом, а затем учинит признание долга в ее пользу и умрет¹, то она имеет право на один из двух исков (именно — о части ее наследства или о признанной сумме долга), меньший по сумме. Причина та, что муж и жена находятся под подозрением, ибо так как иддат, или срок доказательства, не был истекшим, то женщина после его смерти является наследницей, а признание в пользу наследника недействительно. Отсюда, возможно, что женщина потребовала развода как средст-

¹ До истечения ее иддата.

ва к получению права на признанное и что муж дал ей развод с целью предоставить ей более того, на что она имела право в качестве наследницы. И так как муж и жена находятся под подозрением, то женщине предоставляется меньшее из двух требований, ибо относительно такового не может возникнуть сомнения.

Раздел. Различные случаи

Признание родства с несовершеннолетним. Если кто-либо признает себя отцом лица, способного дать о себе сведения, говоря: «Это — мой сын», лета сторон таковы, что допускают возможность родительских отношений, происхождение ребенка никому достоверно не известно, а сам ребенок подтвердит признание, то родство его с признавшимся установлено, хотя бы последний был болен, ибо это родство есть одно из отношений, касающихся исключительно признавшегося и никого другого. В этом случае поставлено условие, чтобы лета сторон соответствовали отношению между родителями и детьми, ибо иначе представляется очевидным, что признание ложно. Равным образом требуется, чтобы происхождение ребенка было неизвестно, ибо если бы было известно, что он происходит от другого лица, а не от признавшегося, то отсюда необходимо вытекало бы ничтожность признания. Требуется также, чтобы мальчик подтвердил признание, ибо предполагается, что он может дать о себе сведения. Другое дело, если бы мальчик не мог определить свое состояние: тогда признание было бы действительно без подтверждения с его стороны. Следует заметить, что в этом случае признание не становится ничтожным вследствие болезни, ибо родство есть природная, а не привходящая потребность. Поэтому при установлении родства мальчик становится одним из наследников признавшегося так же, как всякий другой из его наследников.

Признание родителей, детей и патронов действительно. Если кто-либо признает кого-либо своими родителями или детьми (так, если он объявляет, что «такой-то человек — его отец», или что «такая-то женщина — его мать», или что «такое-то лицо — его сын», и лета сторон допускают существование такого родства), или если он признает известную женщину своею женою, или известное лицо — своим мавла, то во всех этих случаях признание действительно как касающееся исключительно признавшегося и никого другого. Равным образом, если женщина признает кого-либо своими родителями, или мужем, или мавла, то признание действительно по той же причине. Однако признание женщиною кого-либо своим сыном недействительно, так как оно касается ее мужа, для которого возникает родство; поэтому такое признание недействительно, если муж не подтвердит его (на что он имеет право) или если оно не подкреплено показанием повивальной бабки, которое в этом случае признается достаточным.

Если оно подтверждено сторонами. Следует заметить, что во всех этих случаях требуется подтверждение стороны, относительно которой признание учинено, за исключением признания относительно малолетнего, который не в состоянии дать о себе сведения. Следует также заметить, что подтверждение родства действительно, хотя бы было сделано после смерти признавшегося, ибо отношение родства существует и после смерти. Равным образом действительно подтверждение жены после

смерти мужа, ибо иддат есть одно из последствий брака и существует после смерти мужа. Отсюда можно сказать: сам брак, в известном смысле, продолжает существовать, а потому подтверждение, сделанное женою после смерти мужа, действительно. Подобным же образом (по мнению обоих учеников) подтверждение, сделанное мужем после смерти жены, действительно, ибо право наследования, составляющее одно из последствий брака, существует после смерти жены; почему и самый брак, в известном смысле, продолжает существовать, по каковой причине его подтверждение действительно. По Абу Ханифе, сделанное мужем подтверждение недействительно, ибо брак прекращается смертью жены, почему мужу не дозволяется омыывать тело жены после ее смерти. Что же касается мнения обоих учеников о том, что «брак, в известном смысле, продолжает существовать после смерти жены ввиду права наследования», то это мнение не принято, ибо наследование возникает лишь после смерти, а потому его не существовало в момент признания. Но подтверждение для того, чтобы быть действительным, должно быть отнесено к периоду признания; а так как в этот период наследования не существовало, то подтверждение недействительно.

Признание умирающим дяди или брата дает им право наследования (если у него нет других наследников), но не устанавливает родства. Если кто-либо признает дядю или брата, то такое признание не имеет силы для установления родства, так как касается интересов не исключительно признавшегося. Посему, если признавшийся имеет известного наследника, близкого или дальнего, то все наследство переходит к нему, а не к лицу, в пользу которого учинено признание, ибо так как признанием этим не устанавливается родство на стороне признающегося, то не возникает препятствий к наследованию известного наследника. Если, однако, признавшийся не имеет других наследников, то лицо, в пользу которого учинено признание, несомненно получает право наследования, так как каждый имеет неограниченное право распоряжения своим имуществом, если у него нет наследников, вследствие чего при отсутствии наследников можно исчерпать все свое имущество отказами. Поэтому лицо, в пользу которого учинено признание, в этом случае получает право на все имущество, хотя родство не доказано (то есть хотя лицо это не признается дядей или братом признавшегося), так как это нарушало бы интересы другого, именно — отца или деда признавшегося¹. Следует заметить, что признание в этом случае в действительности не есть отказ, потому что, если бы кто-либо признал другое лицо своим братом, а затем отказал все свое имущество другому, то сонаследник получил бы право лишь на одну треть всего имущества; между тем как если бы признание в действительности являлось отказом, то лицо, в пользу которого учинено признание, и сонаследник разделили бы между собою все имущество поровну. Признание, однако, равносильно отказу в том отношении, что лицо, в пользу которого оно учинено, получает право на имущество только в силу объявления признавшегося, как при отказе, а не по другой причине. Посему, если больной признает кого-либо своим братом и лицо это под-

¹ Ибо если бы он был действительно признан дядею или братом признавшегося, то это давало бы ему право и на наследование после них.

твердит признание, а затем признавшийся станет отрицать его право наследования и откажет все имущество кому-либо другому, то сонаследник получает право на все имущество; или если он не откажет своего имущества другому, то все оно поступает в общественную казну, ибо отречение от признания в данном случае действительно по той причине, что родство, которое уничтожает действительность признания, не установлено.

Признание наследником брата дает последнему право на наследование, но не устанавливает родства. Если кто-либо умирает и сын его признает другое лицо своим братом, то родство с этим лицом не устанавливается, но оно получает право на долю наследства совокупно с признавшимся, потому что упомянутое признание допускает два последствия: именно — установление родства, каковое, как относящееся до интересов другого лица, не имеет места, и участие признанного братом в наследовании, каковое последствие, как касающееся только интересов признавшегося, и возникает. То же самое бывает, когда покупатель признает, что купленный раб был отпущен на волю продавцом, в каковом случае признание (поскольку оно касается продавца) не имеет силы и на этом основании покупатель не вправе взять деньги обратно от продавца. Признанию, однако, дается вера, поскольку оно относится к покупщику, и посему раб становится свободным.

Случай признания, учиненного сонаследником, о частичной уплате долга наследователю. Если лицо, которому другой должен сто дарагимов, умрет, оставив двоих сыновей, и один из них признает, что отец его получил в уплату по этому долгу пятьдесят дарагимов, то признавшийся не имеет уже права на долг, а другой сын имеет право на остающиеся пятьдесят дарагимов: первый сын учинил признание, касающееся его самого, его брата и умершего; но оно действительно лишь поскольку относится до него самого, а не в отношении других. Его признание, что умерший получил пятьдесят дарагимов долгу равносильно признанию, что умерший должен был пятьдесят дарагимов, ибо получение платежа долга может быть установлено только получением предмета, влекущим ответственность (то есть получением предмета, возлагающим на получателя ответственность так, чтобы эта ответственность лежала на нем как долг и чтобы тогда имел место зачет в силу противопоставления одного долга другому). Посему, если другой брат оспаривает признание, то долг, который им устанавливается на умершем, противопоставляется долгу признавшегося, по мнению всех наших ученых, ибо ими утверждается, что если один из наследников признает долг умершего, а другой оспаривает, то этот долг падает на долю признавшегося. Словом, оба брата согласны в том, что сумма, которую должен получить брат, не учинивший признания (именно — пятьдесят дарагимов), принадлежит им в равных частях; однако следует принять во внимание, что если бы признавшийся взял половину от своего брата после уплаты ему этих пятидесяти дарагимов, то последний взыскал бы их с должника, а должник — с признавшегося, каковое кругообращение было бы совершенно бесполезно. Это есть истинное значение даира, или кругообращения, упоминаемого в «Хидое».

предварительные условия договора — это условия, которые стороны договора заключают до заключения основного договора. Эти условия могут быть как обязательными, так и факультативными.

В соответствии с п. 1 ст. 421 ГК РФ предварительные условия договора являются обязательными, если стороны в предварительном договоре прямо указали на их обязательность.

В противном случае предварительные условия являются факультативными, и стороны могут отказаться от их исполнения.

В соответствии с п. 2 ст. 421 ГК РФ предварительные условия договора являются факультативными, если стороны в предварительном договоре прямо указали на их факультативность.

В противном случае предварительные условия являются обязательными, и стороны не могут отказаться от их исполнения.

В соответствии с п. 3 ст. 421 ГК РФ предварительные условия договора являются обязательными, если стороны в предварительном договоре прямо указали на их обязательность.

В противном случае предварительные условия являются факультативными, и стороны могут отказаться от их исполнения.

В соответствии с п. 4 ст. 421 ГК РФ предварительные условия договора являются обязательными, если стороны в предварительном договоре прямо указали на их обязательность.

В противном случае предварительные условия являются факультативными, и стороны могут отказаться от их исполнения.

В соответствии с п. 5 ст. 421 ГК РФ предварительные условия договора являются обязательными, если стороны в предварительном договоре прямо указали на их обязательность.

В противном случае предварительные условия являются факультативными, и стороны могут отказаться от их исполнения.

В соответствии с п. 6 ст. 421 ГК РФ предварительные условия договора являются обязательными, если стороны в предварительном договоре прямо указали на их обязательность.

В противном случае предварительные условия являются факультативными, и стороны могут отказаться от их исполнения.

В соответствии с п. 7 ст. 421 ГК РФ предварительные условия договора являются обязательными, если стороны в предварительном договоре прямо указали на их обязательность.

В противном случае предварительные условия являются факультативными, и стороны могут отказаться от их исполнения.

КНИГА XXVI

О СУЛЬХЕ, ИЛИ МИРОВОЙ СДЕЛКЕ

Определение термина. Суть на языке закона означает договор, предупреждающий или устраняющий спор. Существенные предметы (или столбы) этого договора суть объявление и принятие, а условия его — чтобы объект мирового соглашения (то есть предмет, относительно которого договор заключен) составлял имущество и чтобы он был определен, если представляется необходимость в передаче имущества; но не в других случаях. Так, если кто-либо отыскивает право участия во владении домом, принадлежащим другому, а этот другой отыскивает такое же право во владении лавкою, принадлежащею первому, и они придут к мировому соглашению, уступив друг другу свои взаимные притязания, то такая сделка действительна, хотя бы стороны не определили объема своих прав, ибо незнание в отношении претензии, подлежащей уничтожению, не дает повода к спору.

Глава I. Введение.

Глава II. О добровольном мировом соглашении и о представительстве при соглашении.

Глава III. О мировом соглашении в долговых обязательствах.

Глава I

ВВЕДЕНИЕ

Мировое соглашение может последовать трояко: с признанием, молчаливо и после отрицания. Мировое соглашение бывает трех родов:

I. Мировое соглашение с признанием (например, когда ответчик признает право истца и вступит с ним в мировое соглашение, приняв это право за эквивалент другого права, ему, ответчику, принадлежащего);

II. Молчаливое соглашение (например, когда ответчик не признает и не отрицает иска), и

III. Соглашение после отрицания.

Все эти виды соглашения законны, ибо Господь говорит в Коране: «Мировое соглашение похвально», и это веление, будучи абсолютно, необходимо заключает в себе все виды мировых сделок. Пророк также сказал: «Всякое мировое соглашение похвально между мусульманами, за исключением тех, которые узаконят то, что незаконно, или делают незаконным то, что законно». Имам Шафии утверждает, что мировые соглашения, молчаливые или после отрицания, незаконны в силу приведенного предания, ибо в этих двух родах соглашения по необходимости незаконное становится законным, а законное — незаконным, так как вещь, данная по мировой сделке, до заключения таковой была в незаконном владении дающего и законно принадлежала получающему, а после заключения сделки имеет место обратное. Кроме того, в обоих этих случаях ответчик отдает имущество для устранения спора; а это есть подкуп. Доводы наших ученых в подкрепление их мнения — тройкого рода. Во-первых, приведенные выше тексты Корана. Во-вторых, первая часть вышеприведенного предания о Пророке заключает в себе оба случая, в то время как последняя часть применима исключительно к мировой сделке, узаконивающей что-либо по природе своей незаконное, каково вино, или как если бы муж согласился со своею женою, по известным соображениям, не иметь половых сношений с одною из других своих жен. В-третьих, мировое соглашение после отрицания, или молчаливое, есть соглашение по поводу действительного иска, а потому производить действие, так как истец получает вещь, данную по мировой сделке, взамен уступаемого права, которое, по его мнению, справедливо; и это законно. С другой стороны, ответчик отдает вещь для устранения от себя спора; и это также законно, ибо цель собственности есть самосохранение, и подкуп для устранения от себя нападения представляется для дающего законным. Притом же это собственно не может быть названо подкупом, так как подкупом называется то, что взято получателем с целью, указанною дающим, между тем как в данном случае дающий отдает вещь с целью предупредить спор, а получатель берет ее, потому что, по его мнению, она законно ему принадлежит.

Мировое соглашение путем уступки имущества за имущество равносильно продаже. При мировом соглашении, состоявшемся после признания, имеются налицо все последствия продажи, ибо такое соглашение по природе своей соответствует продаже, которая есть обмен имущества на имущество по взаимному соглашению сторон. Посему, если соглашение это касается земли, то оно допускает право шифат. Равным образом предмет его может быть возвращен ввиду недостатков и в отношении его применимы условия осмотра и выбора.

И становится недействительным по причине ошибки в предмете, данном по мировой сделке. Посему этот вид мирового соглашения становится недействительным по причине ошибки в предмете сделки, так как такая ошибка может быть вызвана самим спором, между тем как ошибка в субъекте соглашения не может дать повода к спору, каковой лишь прекращается (по мировой сделке), а не передается во владение. Кроме того, требуется, чтобы ответчик вправе был распорядиться тем, что он дает для миролюбивого соглашения.

Мировое соглашение путем уступки пользования¹ равносильно найму. Если, однако, соглашение заключается в уступке пользования взамен собственности, то к нему применяются законы и правила, относящиеся к найму, ибо здесь имеется характерный признак найма (именно — предоставление в пользование взамен собственности).

Но срок пользования должен быть доказан. Как в договорах следует обращать внимание на цель соглашения, так необходимо, чтобы было указано время действия узуфрукта. Мировое соглашение прекращается также смертью одной из сторон в течение этого срока², ибо мировая сделка такого рода есть вид найма³.

Мировое соглашение после отрицания равносильно мене по отношению к истцу, но не по отношению к ответчику. Мировые сделки, заключаемые после отрицания, равносильны, по отношению к ответчику, вознаграждению за присягу⁴, а заключенные после молчания имеют (по отношению к нему) только значение устранения спора; но ни в одном случае они не имеют по отношению к нему значения мены. Напротив, по отношению к истцу они носят характер мены, потому что истец принимает соглашение взамен предмета, который, по его мнению, составлял его право; а договор может иметь различное значение по отношению к обоим сторонам, так же, как расторжение продажи есть уничтожение договора по отношению к продавцу и покупщику, но по отношению к другим есть новая продажа. Причина, по которой мировое соглашение после отрицания представляется по отношению к ответчику вознаграждением за присягу, очевидна; а после молчания оно является простым устранением спора, потому что молчание допускает два предположения: признание или отрицание. Отсюда является сомнение относительно того, имеет ли мировое соглашение значение договора мены, и в силу этого сомнения ему нельзя придать значения мены по отношению к ответчику.

Уступка дома при мировом соглашении не предполагает права шифат. Если кто-либо ищет с другим дом и ответчик отрицает иск или хранит молчание, но затем вступит с истцом в мировое соглашение в известной сумме, то к дому не применяется право шифат, потому что ответчик получает его как исконную свою собственность, а не в силу договора мены, так как он дает истцу известную сумму лишь для устранения спора.

Возражение. Хотя ответчик, по его собственному мнению, получает дом как свою исконную собственность и платит истцу лишь для прекращения спора, но истец полагает, что он получает деньги взамен дома, а потому (основываясь на предположении истца) следует допустить действие права шифат.

¹ Узуфрукт.

² То есть в период действия узуфрукта.

³ Договор найма прекращается смертью одной из договорившихся сторон в период его действия.

⁴ Предполагая, что (как ответчик) он присягнул в ложности претензии истца; если он затем вступит с истцом в мировое соглашение, то представляется очевидным, что он ложно присягнул и, следовательно, должен уплатить вознаграждение или выкуп за джеприсягу.

Ответ. Мнение истца не имеет никакого значения для ответчика, ибо положение каждого определяется на основании собственного его мнения, а не мнения других.

Но шифат применяется в случае дачи дома для мирового соглашения. Другое дело, когда дом дается для мирового соглашения (например, когда кто-либо отыскивает с другого какое-либо имущество, а ответчик, отрицавший сначала иск или молчавший, вступает в соглашение, давая истцу дом); в этом случае применяется право шифат, так как истец получает дом взамен своего имущества, и потому мировое соглашение по отношению к нему представляется договором мены (ввиду чего право шифат принимается по его собственному признанию, несмотря на то, что ответчик оспаривает его). Поэтому здесь тот же случай, как если бы он объявил, что «он купил дом у ответчика», а ответчик стал отрицать это; здесь применяется право шифат. Так и в рассматриваемом случае.

Случай, в которых часть вещи, данной для мирового соглашения, должна быть возвращена. Если одно лицо ищет что-либо с другого и это последнее, признав иск, вступит относительно его в мировое соглашение с истцом за какое-либо иное имущество, а затем окажется, что отыскиваемая вещь частью принадлежала другому, то ответчик вправе взять обратно от истца часть вещи, данной для мирового соглашения, соответственно той части отыскиваемого имущества, которая впоследствии была признана собственностью другого, ибо мировое соглашение в этом случае, подобно продаже, есть договор мены по отношению к обеим сторонам; а таков именно закон относительно продажи, когда часть проданной вещи окажется собственностью другого.

Если мировое соглашение последовало после отрицания или молчания и вещь, относительно которой оно состоялось, окажется собственностью другого, то данное взамен ее имущество должно быть возвращено, а истец должен обратиться со своим иском против того, кому принадлежит право на вещь. Если кто-либо отыскивает с другого вещь и последний отрицает иск или молчит, а затем вступит с истцом в соглашение за какую-либо другую вещь и впоследствии окажется, что отыскиваемая вещь принадлежит другому, а не истцу, то последний должен предъявить свой иск к тому, кто заявляет о своем праве, а ответчику возвратить все, что от него получено для мирового соглашения, ибо ответчик дал свое имущество лишь для устранения спора; но если затем оказывается, что отыскиваемая вещь принадлежит другому, то становится очевидным, что ему незачем было вступать в спор с истцом. Поэтому он вправе взять обратно предмет, данный для мирового соглашения, так как условие, под которым он дал его (именно — право удержать в своем владении предмет иска), не осуществилось.

То же правило по соразмерности применяется, когда какая-либо часть вещи окажется собственностью другого. С другой стороны, если только часть отыскиваемой вещи окажется собственностью другого, то истец должен возвратит ответчику соответствующую часть вещи, данной для мирового соглашения, и обратиться с иском в этой части к лицу, которому принадлежит право, ибо эта часть не входит в намерение ответчика.

Если вещь, данная для мирового соглашения, после признания окажется собственностью другого, то она должна быть возвращена, а истец получает право на получение от ответчика эквивалента ее. Если вещь, данная для мирового соглашения, окажется собственностью другого, то истец вправе получить от ответчика всю ее стоимость, когда соглашение состоялось после признания, так как этот вид соглашения подобен продаже (как объяснено выше). Равным образом, если часть этой вещи окажется собственностью другого, то истец по той же причине имеет право на соответствующую часть ее.

Если это случится при мировом соглашении после отрицания или молчания, то истец должен требовать от ответчика спорный предмет. Если в случае мирового соглашения после молчания или отрицания окажется, что вещь или часть ее, данная для мирового соглашения, принадлежит другому, то истец должен предъявить к ответчику иск о спорной между ними вещи в целом или в части, смотря по обстоятельствам. Другое дело — в случае продажи после отрицания, когда, например, кто-либо предъявит иск о доме, а ответчик станет отрицать иск, но затем вступит в мировое соглашение за раба, употребив, впрочем, слово «продал» вместо «вступил в мировое соглашение», говоря: «Я продал этого раба за упомянутый дом». В этом случае, если окажется, что дом принадлежит другому, истец не обязан предъявлять иск, а вправе взять дом обратно от ответчика, так как ответчик, продавая раба за дом, в сущности признает, что он составляет собственность истца. Следует заметить, что если бы данная для мирового соглашения вещь утратилась или была бы уничтожена, находясь во владении ответчика до ее передачи, то закон тот же, как в случае обнаружения принадлежности этой вещи другому; то есть если мировое соглашение состоялось после признания, то истец вправе взять отыскиваемый предмет; если оно состоялось после отрицания или молчания, то он должен предъявить против ответчика иск.

Мировое соглашение относительно неопределенной части вещи не изменяется, если затем окажется, что известная часть ее принадлежит другому. Если кто-либо отыскивает право в доме, не указывая объема этого права (треть его, четверть и т.д.), а ответчик при такой неопределенности даст ему что-либо для мирового соглашения и затем окажется, что часть дома принадлежит другому, то в этом случае истец не обязан возвратить ответчику какую-либо часть полученной для мирового соглашения вещи, так как возможно, что право третьего лица касалось другой части дома, а не той, которую взыскивал истец. Иное дело, если весь дом окажется собственностью другого: в этом случае вся полученная для мирового соглашения вещь должна быть возвращена ответчику, так как иначе вышло бы, что ответчик ничего не получил взамен вещи, данной для мирового соглашения; а это незаконно, как уже было объяснено в отделе о продаже.

Мировое соглашение взамен части предмета иска недействительно. Если кто-либо требует дом, а ответчик вступит в соглашение взамен части дома, то такое соглашение незаконно, ибо то, что истец получает, составляет уже его права, а остальной его иск остается неудовлетворенным. Существуют, однако, два способа узаконения такого соглашения. Первый состоит в том, что истец прибавляет дирхам к части дома:

здесь диргам считается вознаграждением за остальную часть иска. Второй способ заключается в том, что истец освобождает ответчика от остальной части иска.

Раздел

Споры, касающиеся имущества, могут быть оканчиваемы мировыми соглашениями. Мировые соглашения действительны в исках об имуществе, ибо они, будучи подобны продаже, допускают применение тех же правил о предмете договора, которые применяются к продаже.

Равно как и иски о пользовании. Мировые соглашения одинаково законны в исках о пользовании; например, когда кто-либо предъявляет иск против наследников умершего лица об узуфрукте или прав жительства в известном доме на основании отказа умершего. В этом случае, если наследники, оспорив или признав иск, вступят с истцом в мировое соглашение взамен какой-либо другой вещи, то такое соглашение действительно. Причина здесь та, что на узуфрукт смотрят как на имущество в договоре найма, а равно и при мировом соглашении, ибо, по общему правилу, принято рассматривать мировое соглашение с точки зрения того договора, с которым оно имеет наибольшее сходство, для того, чтобы сделать это соглашение действительным. Так, если мировое соглашение состоялось путем уступки имущества за имущество, то оно рассматривается как продажа, потому что близко подходит к ней. Если, с другой стороны, оно относится к узуфрукту, то на него смотрят как на вид найма по причине сходства с таковым.

Мировые соглашения действительны при убийстве. Мировые сделки законны в случаях намеренного или случайного убийства. В первом случае они законны, ибо Господь сказал: «Если часть имущества убийцы-правоверного предлагается для мирового соглашения представителю убитого, то пусть он примет таковую». Слова эти, как удостоверяет Ибни Аббае, были сказаны по поводу мирового соглашения за намеренное убийство. Следует заметить, что мировое соглашение за намеренное убийство подобно браку, ибо в обоих случаях отдается имущество без получения эквивалента, а потому то, что может быть предметом определенного приданого, способно также стать предметом мирового соглашения за намеренное убийство. Однако между браком и рассматриваемым видом мирового соглашения та разница, что каждый раз, когда указание предмета, даваемого для мирового соглашения, недействительно (например, когда указано неопределенное животное или названо платье без точнейшего определения), должен быть уплачен дейит, или пеня за кровь, ибо таково правило в случаях убийства; и недействительность в указании не препятствует отказу от возмездия так же, как она не препятствует действительности брака.

Но если мировая сделка заключена взамен незаконного предмета, то из нее не возникает обязательства долга. Если, однако, для мирового соглашения по случаю намеренного убийства выговорено вино или свиное мясо, то убийца ничего не должен, ибо ни один из этих предметов не есть предмет оборота; посему считается, что мститель за кровь, согласившись принять для мирового соглашения то, что не составляет собственности, в действительности отказался от возмездия; а при отказе от возмездия не возникает долга; то же самое имеет место в рассматриваемом случае.

Напротив, в случае брака махри-мисль обязателен в обоих случаях (то есть в случае недействительности обозначения или в случае, когда по условию приданое следовало уплатить вином или свининой), ибо приданое есть одно из существенных условий брака и потому обязательно по закону, хотя бы о нем вовсе не было упомянуто. Нелишне также заметить, что хотя мировое соглашение в случае намеренного убийства законно, но нельзя того сказать относительно мировых соглашений путем обмена собственности на право шифата (когда кто-либо получает от покупателя имущество по мировой сделке взамен принадлежащего ему права шифата), каковые соглашения недействительны, ибо право шифата не дает еще права собственности на вещь, но лишь право стать собственником таковой по желанию; поэтому, пока не стал собственником, он не имеет права уступать принадлежащую ему возможность стать собственником по мировой сделке. С другой стороны, возмездие означает право собственности над лицом в отношении действия; другими словами, наследник или представитель есть собственник лица, поскольку имеет право на возмездие и, следовательно, на вознаграждение за отказ от возмездия, в противоположность случаю шифата. Но так как при мировых сделках уступка права шифата взамен имущества недействительна, то отсюда следует, что для покупателя не возникает из такого соглашения никакого обязательства и что право шифата утрачивается, как и в случае невозражения или молчания. Поручительство за лицо также подобно праву шифата, а потому не возникает обязательства в случае мирового соглашения с предоставлением имущества взамен поручительства. Что касается, однако, погашения поручительства в этом случае, то существует два предания, приведенные оба в своем месте. Мировые сделки законны также в последнем случае (именно — в случае случайного убийства), потому что они относятся к собственности и потому подобны продажам. Однако они незаконны, когда превышают размер пени за кровь, ибо размер таковой, будучи установлен законом, не может быть устранен; посему все сверх пени за кровь должно быть отброшено. Другое дело — в случаях возмездия, ибо здесь предмет, даваемый для мировой сделки, может превышать пеню за кровь, так как возмездие не есть собственность, а потому может быть превращено в таковую лишь по особому договору. Предыдущее изложение основано на том предположении, что предмет, даваемый для мировой сделки, состоит из одного из трех видов дейита, именно — дарагимов, динаров или верблюдов. Если, однако, он состоит в каком-либо ином виде имущества, то и это законно, ибо он составляет замену дейита, или предписанной пени. Требуется, однако, чтобы передача состоялась на том месте, где заключен договор, ибо иначе вышло бы, что один долг (дейит) остается противоположным другому долгу (возникшему из мирового соглашения), что по священным книгам считается незаконным. Если казий приговорит убийцу к платежу дейита мстителю за кровь в одном из трех видов, а убийца вступит в мировое соглашение с мстителем, уступив другой род имущества в размере, превышающем дейит, то такое соглашение законно, если только оно происходит на месте, ибо после приговора казия право мстителя за кровь на сумму, присужденную казем, становится твердым и определенным, и в этом случае мировое соглашение относительно этой суммы представляется лишь меною. Иное дело, когда стороны с самого начала вступят в мировое

соглашение в одном из трех видов, превысив размер дейита, ибо соглашение их на один из трех видов равносильно приговору казия в отношении выяснения размера (то есть как размер этот выясняется приговором казия, так же он устанавливается соглашением сторон); а так как казий не уполномочен постановить приговор с превышением размера дейита, то и он не вправе установить таковой в высшем размере. Незаконно превышать размер чего-либо, установленный священными книгами.

Мировая сделка взамен установленного наказания не может быть допущена. Мировая сделка взамен требования хадда, или установленного наказания, незаконна. Так, если кто-либо застигнет другого во время блудодеяния, кражи, употребления вина или в состоянии опьянения и, намереваясь доставить преступника к казию, примет, однако, что-либо с тем, чтобы дать преступнику уйти, то такая сделка недействительна, ибо наказание принадлежит божескому праву, и незаконно вступать в мировое соглашение относительно принадлежащего другому права.

Иск о родстве. По той же причине незаконно вступать в мировое соглашение с женщиною относительно иска о родстве. Например, разведенная жена, родив, говорит разведшему ее: «Это твоё дитя», а он отрицает это, но, вступив с женщиною в соглашение с тем, чтобы она отказалась от иска: такое соглашение недействительно, ибо иск о родстве не составлял ее права, но право ребенка; а получение вознаграждения за чужое право недействительно.

Или о допущении строения на большой дороге. Равным образом, если кто-либо построит баню или место для отдыха на большой дороге, другой же потребует, чтобы он снес постройку, и вступит с ним в соглашение с тем, чтобы отказаться от иска, то такое соглашение недействительно: большая дорога составляет общественную собственность, и никакое отдельное лицо не в праве вступать относительно ее в мировое соглашение. Следует заметить, что упомянутое в этом случае наказание заключает в себе наказание за клевету, ибо в нем преобладает божеское право.

Иск о браке может быть окончен примирением, предъявлен ли он мужем. Если кто-либо заявляет, что он состоит в браке с известною женщиною, а последняя отрицает это, но вступит с истцом в мировое соглашение за отказ его от иска, то такое соглашение действительно, ибо оно может быть согласовано с законом, если предположить, что мужчина смотрит на мировое соглашение как на сходное по своей природе с хульа, а с другой стороны — что женщина платит деньги для устранения спора. Однако правоведы утверждали, что в этом случае незаконно вступать в мировое соглашение, если иск неоснователен.

Или женою. Если женщина утверждает, что известный мужчина — ее муж, то он вправе окончить с нею дело миром. Автор «Хидои» замечает на это, что хотя закон так изложен во многих списках сборника¹, но в других списках такое мировое соглашение объявлено незаконным. Законность его установлена на предположении о том, что вещь, данная для соглашения, составляет приращение к ее приданому, и что он затем продает ей развод за стоимость первоначального ее приданного, так что

¹ «Мухтасар» — сборник толкований Кудури.

приращение, или сумма соглашения, остается в виде его обязательства. Причина незаконности в этом случае та, что если мужчина дал что-либо для мирового соглашения женщине с тем, чтобы она отказалась от иска, то отсюда следует, что такой отказ является или равносильным разводу между ними, или не равносильным. Если оно равносильно разводу, то недействительно, ибо за развод не дается никакого вознаграждения, так как он является непосредственно как результат известных фактов (например, когда женщина допускает сына своего мужа к сожителю, в каком случае по закону они должны быть разведены). Если же, с другой стороны, отказ от иска не считать равносильным разводу, то мы имеем дело с прежним случаем, следовательно, мировое соглашение недействительно за отсутствием получаемой взамен уступки выгоды.

Иск о рабстве может быть оканчиваем примирением. Если кто-либо ищет другого как своего раба и последний вступит с ним в мировое соглашение за отказ от иска, предоставляя ему определенное имущество, то такое соглашение действительно, будучи в отношении истца отпущением на свободу взамен имущественного вознаграждения; потому что, по его пониманию, ответчик дает имущество взамен своей свободы и потому рассматривается как мукатаб. По этой же причине рассматриваемая мировая сделка действительна, если для достижения ее уступается животное, передача которого должна последовать в определенное время. Она не была бы действительна, если бы на нее смотреть как на мену имущества на имущество, а не как на отпущение на волю взамен имущества, ибо животное не может составлять долга за имущество, как было объяснено в главе о продаже саям животных; но оно может существовать как долг за что-либо иное, кроме имущества, как в случаях брака или пени за кровь. Посему необходимо смотреть на мировую сделку как на отпущение на волю, а не как на мену. В отношении ответчика мировая сделка есть лишь устранение спора, так как он считает себя по рождению свободным.

Но истец не сохраняет права виля. Следует заметить, что в этом случае на ответчика не остается права виля в отношении истца ввиду отрицания первым иска. Если, однако, истец докажет свидетелями, что ответчик был его раб, то такое доказательство принимается и тогда истец сохраняет право виля.

Привилегированный раб не может входить в мировое соглашение относительно совершенного им правонарушения, но может — относительно правонарушений, совершаемых его рабом. Если мазун, или привилегированный раб, намеренно убьет кого-либо, то он не может сам войти в мировое соглашение относительно убийства; но если его раб совершит убийство, то он может относительно его вступать в мировые сделки. Разница между этими двумя случаями та, что привилегированный раб не может быть предметом сделок, а потому он не может располагать личностью каким бы то ни было образом (например, продать себя), равным образом он не вправе выкупить свою личность имуществом своего господина, считаясь в отношении своей личности посторонним. Напротив, его раб может быть предметом сделок, почему он в праве продать его или иначе им распорядиться, а следовательно, и выкупить его. Причина та, что раб, совершив преступление, перестает быть его собственностью,

вследствие чего мировое соглашение получает вид покупки его, а такая покупка может быть сделана привилегированным рабом.

Случай мировой сделки относительно захваченного имущества, которое уничтожено в руках захватчика. Если кто-либо завладеет платьем, принадлежащим еврею, ценностью менее ста дарагимов и, потеряв его или уничтожив таковое, вступит с ним в мировое соглашение, обязавшись уплатить ему сто дарагимов без судебного решения, то в этом случае, по Абу Ханифе, соглашение законно. Оба ученика утверждают, что соглашение незаконно в той части, в которой оно превышает установленную цену платья, ибо завладевший должен был лишь стоимость платья, а стоимость всякого предмета определяется оценкою; посему все сверх оценки составляет лихву. Другое дело, если для мирового соглашения вместо платья дается домашняя утварь и т.п., превышающая стоимость захваченного предмета: такое соглашение действительно, ибо разница в стоимости здесь неочевидна, так как предметы принадлежат к разным родам, а потому не может быть установлена лихва. Другое также дело, если разница в стоимости такова, что некоторые оценщики могут признать равноценность, ибо соблюдение чрезвычайной точности в оценке невозможно. Абу Ханифа в подтверждение своего мнения рассуждает, что право собственника захваченной вещи продолжается после ее уничтожения, пока не заменится правом на эквивалент. Это очевидно из того обстоятельства, что если захваченный раб умрет, а господин его отказывается от принятия эквивалента, то он обязан уплатить издержки по погребению его. Но отсюда ясно, что право хозяина захваченной вещи на нее остается и после разрушения ее или что он имеет право, если предпочтет таковое, на подобную же вещь по-видимому или в действительности¹, так как вознаграждено за правонарушение должно быть дано в виде предмета, подобного уничтоженному. Но право его на стоимость возникает только после постановленного казием для этой цели решения. Посему всякое превышающее стоимость предмета соглашение, заключенное самими сторонами до решения казия, составляя лишь вознаграждение за уничтоженный предмет или за предмет, подобный уничтоженному, по-видимому или в действительности не может считаться лихвенным. Другое дело, если такое соглашение последует после решения казия: в этом случае, согласно мнению всех наших ученых, мировая сделка недействительна, поскольку она превышает стоимость предмета; здесь право собственника на стоимость точно установлено решением казия, ввиду чего все, что превышает эту стоимость, является лихвою.

Случай мирового соглашения относительно части раба, составляющего общую собственность. Если богатый человек отпускает на волю раба, принадлежащего ему и другому лицу в равных частях, и вступит с этим другим в мировое соглашение относительно суммы, превышающей его половину, то такое соглашение, по мнению всех наших ученых, недействительно; по мнению обоих учеников — потому, что освободитель не должен ничего сверх половины стоимости, которая может быть установлена оценкою, почему все, превышающее эту половину, есть лихва; а по мнению Абу

¹ Независимо от судебного решения.

Ханифы — потому, что стоимость при отпущении на волю установлена законом; но размер, установленный законом, не может быть ограничен постановлением казая; следовательно, такое соглашение недействительно в рассматриваемом случае. Другое дело — приведенный выше пример с платьем, так как стоимость такового законом не установлена. Следует заметить, что если мировое соглашение, превышающее половину стоимости раба, заключено в определенных предметах, то оно действительно, так как излишек стоимости не очевиден там, где предметы — различного рода, а следовательно, не может быть установлена лихва.

Глава II

О ДОБРОВОЛЬНОМ МИРОВОМ СОГЛАШЕНИИ И О ПРЕДСТАВИТЕЛЬСТВЕ ПРИ СОГЛАШЕНИИ

Представитель при мировом соглашении в деле об убийстве или долге не ответствен за предмет, данный для соглашения, если не выразил положительно, что принимает на себя такую ответственность. Если кто-либо назначает представителя для мирового соглашения и последний вступит в соглашение за счет доверителя, то он (представитель) не ответствен за вещь, которая должна быть дана для соглашения, если при заключении договора не ставит условием, что «он сам должен отвечать за эту вещь». Это — в том случае, когда соглашение относится к намеренному убийству или к иску о долговом обязательстве. И так как здесь представитель является лишь вестником, то он не подлежит ответственности, не более представителя при браке, если только сам не примет на себя этой ответственности, в каковом случае становится ответственным по договору поручительства, но не по мировой сделке.

Но ответствен, когда мировое соглашение состоялось путем обмена имущества на имущество. Но когда ради мирового соглашения уступается имущество взамен имущества, то оно подобно продаже, и права из него принадлежат представителю. Посему иск об имуществе (то есть о предмете, который должен быть дан для соглашения) подлежит предъявлению против представителя, а не доверителя.

Мировые сделки фузули бывают четырех видов. Мировые сделки фузули (то есть такие, которые заключаются посторонним лицом за счет ответчика без его желания) бывают четырех родов.

I. С обменом имущества на долг (в каковом случае лицо, заключающее сделку, ответственно). Когда кто-либо вступает в мировую сделку путем обмена долга на имущество и делает себя ответственным за него, то мировая сделка считается совершенною, ибо ответчик по ней ничего не получает, а только освобождается от долга, и в этом отношении постороннее лицо и сторона, являющаяся ответчиком, отождествляются. Следует заметить, что как условие об ответственности за вещь, даваемую для соглашения, законно по отношению к ответчику, так же оно законно и по отношению к постороннему лицу. Посему постороннее лицо способно стать участником в мировом соглашении и в имущественном обязательстве, когда оно принимает на себя ответственность за вещь, даваемую для соглашения, так же, как фузули, заклю-

чающий хуля за счет жены. Другими словами, если кто-либо предлагает своей жене хуля, а другой без воли жены заключит относительно нее с мужем договор хуля, приняв на себя ответственность за выговоренный по договору предмет, то договор действителен и лицо ответственно за исполнение такового. Такова же в рассматриваемом случае фузули ответственность за предмет, данный для соглашения. Сверх того, по отношению к ответчику он является дарителем, так же, как лицо, добровольно уплачивающее долг другого, поскольку он освобождает ответчика от ответственности; посему он не в праве требовать вознаграждения от ответчика. Другое дело, если лицо, вступающее в мировое соглашение, действует по желанию ответчика, ибо он не поступает добровольно. Такое лицо не получает права на какую-либо часть долга, но долг этот прекращается по отношению к ответчику, ибо здесь принято то начало относительно законности мировой сделки, что истец прекращает действие долгового обязательства по отношению к ответчику, но не делает лицо, вступающее в соглашение, собственником этого долга; и это независимо от того, признает ли ответчик долг, или отрицает: в случае отрицания, очевидно, потому, что ответчик, по собственному его сознанию, ничего не должен, а мнение или сознание истца не может оказывать на него влияние; в случае же признания — потому, что собственность или право на долг могут быть установлены только лицом, непосредственно обязывающимся. Посему невозможно основать законность мировой сделки иначе, как на предположении уничтожения долга. Другое дело, если истец требует какую-нибудь определенную вещь, находящуюся во владении ответчика, который признает это обстоятельство, а другое лицо, не уполномоченное, дает истцу что-либо для мирowego соглашения; в этом случае неуполномоченное лицо, входя с истцом в мировое соглашение, в действительности покупает отыскиваемую вещь, и такая покупка вещи у собственника ее законна, хотя бы она не была в его владении.

II. С обменом чего-либо на определенное имущество (которое непосредственно должно быть передано лицом, вступающим в соглашение). Когда лицо, вступающее в соглашение, говорит: «Я вступил в мировое соглашение за эту принадлежащую мне тысячу дарагамов» или: «За этого принадлежащего мне раба», в каком случае мировое соглашение действительно и лицо, вступающее в соглашение, обязано передать выговоренный предмет истцу, потому что, относя мировую сделку к своему имуществу, он принимает на себя обязательство передать его. Такое мировое соглашение действительно.

III. С обменом чего-либо на неопределенное имущество (но какое передается лицом, заключающим договор). Когда лицо, вступающее в сделку, говорит: «Я вступил в мировую сделку за тысячу дарагимов» и непосредственно передаст истцу тысячу дарагимов, в таком случае мировая сделка действительна, ибо при передаче тысячи дарагимов истец является удовлетворенным и, таким образом, мировое соглашение представляется вполне исполненным.

IV. С обменом чего-либо на неопределенное имущество (не передаваемое лицом, заключившим договор). Когда лицо, вступающее в соглашение, говорит: «Я заключил мировую сделку за тысячу дарагимов», но не передает таковых, в этом случае действительность мировой сделки зависит от соглашения ответчика. Если он утвердит

соглашение, то становится ответственным в выговоренной сумме; если он не даст согласия, то сделка ничтожна. Причина здесь та, что в соглашениях этого рода ответчик есть главный участник ввиду того, что соглашения эти имеют целью освободить его от иска; но и лицо, заключающее договор, есть главный участник, так как он принимает на себя обязательство платежа выговоренного предмета положительно (когда он, например, говорит: «Я ответствен за тысячу дарагимов») или непосредственно (когда он вступает в соглашение за тысячу дарагимов и уплачивает их). Но если бы он не принял на себя обязательства (как предполагает настоящий пример), то мировое соглашение продолжается только на стороне ответчика¹, и потому действительность его зависит от согласия последнего.

Случай, когда фузули вступает в мировое соглашение, уступая известный предмет без отнесения такового к своему имуществу. Автор «Хидои» замечает, что к предшествующим можно присоединить пятый вид мировой сделки: когда, например, фузули говорит: «Я вступил в мировое соглашение за эту тысячу дарагимов» или «За этого раба», не относя этих предметов к своему имуществу. Подобный род мировых сделок действителен, потому что, определяя вещь, подлежащую передаче истцу, лицо, вступающее в сделку, ставит условием, чтобы упомянутый предмет стал собственностью истца. Если, однако, затем окажется, что раб принадлежит другому, или что он был свободен, или мукатаб, или мудаббар, или если истец возвратит его по обнаружившимся недостаткам лицу, заключившему сделку, то ни в одном из этих случаев истец не вправе взять у последнего что-либо, так как он не обязался ни к чему другому, кроме передачи определенного предмета; посему, если предмет этот в целости остается у истца, то договор действителен, если нет, то истец не вправе взять что-нибудь у лица, вступившего в соглашение, но должен предъявить иск к ответчику. Иное дело, когда вступающий в соглашение договорится о дарагимах и примет на себя ответственность за них, а затем они окажутся принадлежащими другому или худого качества и истец возвратит их: в этом случае истец вправе взять у лица, вступившего в сделку, равное число хороших дарагимов, так как он выставил себя главным лицом в отношении поручительства. Следовательно, когда лицо, вступившее в соглашение, откажется от удовлетворения истца, то он должен быть принужден к передаче условленного.

Глава III

О МИРОВОМ СОГЛАШЕНИИ В ДОЛГОВЫХ ОБЯЗАТЕЛЬСТВАХ

Относительно долга, вытекающего из кредитного обязательства, может быть допущено мировое соглашение путем уплаты части. Если вещь, даваемая для мирового соглашения, того же рода, как и долг, относительно которого стороны вступают в сделку и который вытекает из ахд-мдоаяна, или договора, заключенного в кредит, то ми-

¹ То есть касается его одного.

ровое соглашение не рассматривается как мена, а предполагается, что истец получает часть своего права и уничтожает или отказывается от остального долга. Ахд-мдояна, или договор, заключенный под условием кредита, имеет место, когда кто-либо покупает у другого имущество, например, за тысячу хороших дарагимов, а затем стороны расстаются без уплаты продавцу цены или с назначением для платежа срока. В этом случае, если покупатель по мировому соглашению обязуется уплатить вместо тысячи пятьсот хороших дарагимов (или пятьсот худых дарагимов) и продавец согласится на это, то такое соглашение действительно; причем случай этот объясняют так, что продавец соглашается принять часть своего права и отказаться от остальной части, а не так, что он получает пятьсот дарагимов в обмен на тысячу. Причина здесь та, что необходимо, насколько возможно, сохранять действительность актов, совершенных разумными лицами, а сделать это можно в первом случае, приняв, что истец отказывается от части дарагимов, на которые имеет право, а во втором случае — как от дарагимов, так и от добротности их. Таково же правило и в том случае, когда долг возник на стороне ответчика вследствие завладения имуществом или разрушения его.

И то же самое следует сказать о подобных соглашениях относительно долга, возникшего из какого бы то ни было акта, влекущего за собою ответственность. Ограничение долгами, вытекающими из кредитного обязательства, существует лишь по той причине, что первоначально требуется, чтобы долг вытекал из договора, одобряемого законом.

Мировая сделка относительно долга может состояться путем отказа от требования равной суммы. Если в рассматриваемом случае мировая сделка достигается путем уступки тысячи дарагимов, срок платежа которых еще не наступил, за тысячу дарагимов, подлежащих немедленной уплате, то такая сделка действительна, ибо предполагается, что истец отсрочил свою претензию, а не вступил в договор мены, так как продажа дарагимов за дарагимы, подлежащие уплате в будущем, незаконна.

Но не тогда, когда отсроченный платеж выговорен в монетах другого наименования. Если, с другой стороны, при мировом соглашении взамен тысячи дарагимов дается соответствующая сумма динаров, срок платежа которых наступает, например, через месяц, то такое соглашение недействительно, ибо невозможно смотреть на него только как на отсрочку иска, так как иск относится к дарагимам, а не динарам, или же как на продажу, ибо продажа дарагимов за динары, срок платежа которых не наступил, недействительна. Посему мировая сделка недействительна.

Отсроченный долг не может быть погашен по мировой сделке уплатою части его. Если кто-либо должен тысячу дарагимов, срок платежа которых еще не наступил по кредитному обязательству, и войдет в соглашение с кредитором о платеже вместо них тотчас же пятисот дарагимов, то такое соглашение недействительно, ибо готовые деньги лучше будущего платежа; а так как он не имеет права на готовые деньги, то, следовательно, мировая сделка заключается о предмете, ему не принадлежащем. Отсюда, невозможно смотреть на такое соглашение как на отказ от части иска, и оно, по необходимости, должно считаться меною (в том смысле, что должник уступает свое право, именно — срок платежа, взамен пятисот дарагимов, от которых кре-

дитор отказывается). Посему эти пятьсот даются взамен отсрочки, а получение чего-либо взамен отсрочки незаконно.

Долг в недоброкачественной монете не может быть погашен по мировой сделке платежом меньшей суммы доброкачественною монетою. Если кто-либо имеет долговую претензию к другому лицу по кредитному обязательству в сумме тысячи недоброкачественных дарагимов и вступит относительно их в мировое соглашение за пятьсот доброкачественных дарагимов, то это соглашение недействительно, ибо продавец не имеет права на хорошие дарагимы, так как таковые по качеству превосходят предмет его права. Поэтому такое соглашение не может считаться уступкою и должно быть рассматриваемо как мена тысячи на пятьсот, превосходящих первые по качеству, а это есть лихва, ибо в меновых договорах на качество не обращают внимания.

Но долг в хорошей монете может быть погашен по мировому соглашению недоброкачественною монетою, будет ли сумма меньше или равна отыскиваемой. Другое дело, когда кто-либо по мировой сделке погашает долг в тысячу хороших дарагимов пятьюстами недоброкачественных дарагимов, ибо это есть уступка как в количестве, так и в качестве. Иное также дело, если кто-либо погашает долг в тысячу недоброкачественных дарагимов тысячею хороших, ибо это есть обмен равного на равное, причем на качество не обращается внимание. Однако в этом случае требуется, чтобы истец тут же вступил во владение вещью, даваемою для соглашения, так как это есть продажа сарф.

Долг в монетах двух наименований может быть погашен по мировой сделке платежом меньшей суммы того или другого наименования. Если кто-либо имеет к другому долговую претензию в тысячу дарагимов и сто динаров по кредитному обязательству и вступит относительно этой претензии в мировое соглашение за сто дарагимов наличными деньгами или уплачиваемых, например, по истечении месяца, то такое соглашение законно, ибо в этом случае возможно установить действительность соглашения, предположив, что кредитор уступает всю свою претензию, за исключением ста дарагимов наличными деньгами или подлежащих уплате через месяц. Посему это соглашение не представляется меною, так как, если бы смотреть на него как на мену, то оно, будучи лихвенным, было бы незаконным. Кроме того, при мировых соглашениях всегда подразумевается уступка, а так как в рассматриваемом случае господствует понятие уступки, то на всю сделку следует смотреть скорее как на уступку, чем как на мену.

Случай предложения кредитора считать долг совершенно погашенным под условием уплаты половины его в известный срок. Если кто-либо, имея к другому претензию в тысячу дарагимов, срок платежа которых не наступил, скажет должнику: «Уплати мне пятьсот дарагимов завтра с тем, чтобы освободиться от остального долга» и должник поступит согласно сему, то он освобождается от обязанности платежа остального долга. Если бы, однако, в этом случае должник не уплатил пятисот дарагимов на другой день, то он, Абу Ханифе и по имаму Мухаммаду, остается ответственным за тысячу дарагимов. Абу Юсуф утверждает, что пятьсот дарагимов уступаются непосредственно и что иск о них не может быть возобновлен впоследствии, ибо (по

его мнению) отказ здесь абсолютен¹, так как истец установил платеж в пятьсот дарагимов как замену платежа пятисот дарагимов; но платеж этих дарагимов нельзя рассматривать как эквивалент остающихся дарагимов, платеж которых остается на обязанности должника и вовсе не зависит от предыдущего отказа. Посему нелепо видеть в данном случае мену, следовательно, здесь остается лишь абсолютный отказ. Отсюда весь первоначальный долг не может быть возобновлен по причине неплатежа на другой день; не более того, как если бы кредитор сказал: «Я освободил тебя от пятисот дарагимов из тысячи дарагимов, чтобы ты уплатил мне завтра пятьсот дарагимов», в каковом случае освобождение абсолютно. Так и в рассматриваемом случае. Имамы Абу Ханифа и Мухаммад утверждают, что освобождение, в этом случае не абсолютное, а условное. Посему при неисполнении условия освобождение не имеет места по двум причинам. Во-первых, потому что кредитор начинает свою речь требованием уплаты на другой день, и это требование имеет, само по себе, существенное значение: возможно, что кредитор опасается потери всех денег в случае обеднения должника, что заставляет его прибегнуть к описанному средству, а также потому, что он, может быть, желает получить деньги, чтобы пустить их в оборот для получения прибыли. Кроме того, способ выражения допускает предположение об условности, и это предположение должно быть принято для придания договору действительности. Во-вторых, такие условия обычны при мировых соглашениях, и освобождение может быть ограничено условием, хотя бы оно не было поставлено в зависимость от него. Так, например, перевод долга ограничивается условием состоятельности должника, так что, если лицо, согласившееся принять перевод², умрет несостоятельным, то долг обращается к лицу, передавшему его. Поэтому перевод ограничен в этом случае условием состоятельности. Так и в рассматриваемом случае.

Каковой случай представляется в трех различных видах: I. Когда с предложением не связывается никакое условие на случай неучинения платежа; II. Когда выговорено, что в случае неучинения платежа предложение падает; III. Когда освобождение от платежа устанавливается с самого начала. Автор «Хидои» замечает, что этот случай представляется в трех отдельных видах:

I. В том, который уже объяснен выше.

II. Когда кредитор говорит: «Я вступил с тобою в мировое соглашение относительно тысячи дарагимов за пятьсот дарагимов, которые ты должен уплатить мне завтра, и тогда будешь свободен от остального долга с тем, однако, что если ты не уплатишь завтра, то останешься должен тысячу дарагимов, как до сих пор». В этом случае, по мнению всех наших ученых, если платеж будет учинен на другой день, то освобождение вступает в силу; если же нет, то оно падает.

III. Когда кредитор говорит: «Я освободил тебя от платежа пятисот дарагимов из тысячи с тем, чтобы ты дал мне пятьсот дарагимов завтра», в каковом случае долж-

¹ То есть не зависит от исполнения условия о платеже на другой день.

² То есть принять на себя ответственность за долг (подобно принимающему или подписателю на векселе).

ник освобождается от платежа пятисот дарагимов независимо от того, уплатил ли он пятьсот дарагимов на другой день или нет, ибо здесь освобождение от платежа установлено с самого начала.

Признание может быть выговорено для мирового соглашения. Если одно лицо говорит другому: «Я не хочу признать твоего права собственности, пока ты раньше не установишь известный срок для передачи и не обещаешь мне льготы при платеже» или: «Пока ты раньше не передашь мне все имущество или часть его» и лицо, к которому слова эти обращены, поступит согласно им, то такое установление срока или передача части или всего имущества представляется законным, ибо лицо это действует так по собственной воле, а не по принуждению.

Но если такое соглашение предлагается публично, то сделка недействительна. Это имеет место, когда признающийся обращается к другой стороне с вышеприведенным предложением тайно и скрытым образом. Когда же он обращается к ней публично, то непосредственно становится ответственным за весь признанный предмет.

Раздел. О совокупных обязательствах

Если один из двух кредиторов вступит в мировое соглашение относительно своей части долга, то другой кредитор вправе или получить соответствующую долю предмета, данного для соглашения, или потребовать от должника причитающуюся ему часть долга. Если два лица имеют совокупно претензию к третьему и один из кредиторов вступит с должником в мировое соглашение относительно своей части взамен получаемого платя, то другой кредитор может, по своему усмотрению, потребовать от должника уплаты причитающийся ему половины долга или получить от лица, вступившего в мировое соглашение, половину платя, если только последний не уплатит ему одной четверти долга, ибо он не имеет права на половину платя. Словом, во всех подобных рассмотренному здесь случаю существует правило, что когда в совокупном долге один из участников получает часть его, то другой участник имеет право на соответствующую долю полученной первой части; потому что, хотя долг получает некоторого рода приращение вследствие такого получения части его (ввиду того, что долг не считается материальным имуществом раньше платежа), но приращение это все же имеет отношение к первоначальному праву; и так как это право было разделено в равных частях, то так же делится и приращение, подобно приплоду или плодам. Посему сокредитор имеет право участия в данной товарищу его вещи. Однако до начала действия этого права полученная часть или вещь составляет исключительную собственность получившего, так как материальная вещь совершенно отлична от долга, а получатель взял ее в обмен на свое право. Поэтому он является собственником и, следовательно, все его действия, относящиеся к названной вещи, действительны и он ответствен в соответствующей части перед своим товарищем. Следует заметить, что под совокупным долгом подразумевается такой вытекающий из одного основания долг, который принадлежит двоим или более кредиторам. Таковы: обязательство платежа цены вещи, проданной двумя собственниками по одному контракту; или долг, унаследованный двумя лицами; или стоимость принадлежащего двум лицам имущества, поврежденного третьим лицом. Но если таково установившееся

правило, то отсюда следует, что в рассматриваемом случае соучастник вправе или потребовать от должника свою половину долга (так как его часть все еще остается непогашенной, поскольку другой кредитор получил лишь эквивалент своей части), или получить половину платя, так как его право простирается лишь на четверть всего долга.

Один из двух кредиторов, получивший уплату своей части совокупного долга и уплативший другому кредитору его долю в полученной вещи, сохраняет право требования остального долга. Если один из двух кредиторов получит от должника половину причитающейся ему части долга, то другой кредитор волен или принять участие в полученной таким образом половине, или потребовать от должника всю причитающуюся ему часть по соображениям, изложенным выше. Поэтому, если он присоединится к кредитору, вступившему в мировое соглашение, то оба соучастника вправе совокупно получить от должника то, что остается в долгу, так как, участвуя в равных частях в том, что получено, они вправе участвовать в равных частях и в том, что остается получить.

Если другой кредитор предпочтет получить уплату своей части от должника и имущество окажется потерянным или должник несостоятельным, то он имеет право иска к другому кредитору относительно соответствующей части полученного последним имущества; но права этого не существует, когда первый кредитор вступил в мировое соглашение путем зачета своей части. Если, напротив, он предпочтет потребовать свою часть сполна от должника, не желая участвовать в полученной другим кредитором вещи, и это последнее имущество сохранится в целостности, а оставшаяся у должника часть имущества будет потеряна или разрушена, или вследствие смерти должника в состоянии неоплатности, или вследствие отрицания им под присягою долга, то за ним остается право участия в полученном другим кредитором, ибо он раньше отклонил это участие, предполагая, что остальная часть долга — в сохранности; но так как оказалось противное, то он, очевидно, имеет право на участие в том, что получено первым кредитором. Однако если один из совокупных кредиторов вместо получения своей части долга зачел эту часть за долг свой должнику, тогда другой кредитор в случае уничтожения причитавшейся ему части долга не вправе участвовать в полученном первым кредитором, так как этот последний в данном случае лишь уплатил долг, но ничего сам не получил в уплату. Закон тот же, когда один из кредиторов освобождает должника от причитающейся ему части долга, так как такое освобождение равносильно разрушению и уничтожению, а не получению.

Если один из кредиторов освободит должника от части причитающейся ему доли, то право кредиторов продолжает существовать в объеме, соответствующем остающимся у каждого претензиям. Если один из сокредиторов освободит должника от части своей доли в претензии (например, от половины), то остающаяся часть долга принадлежит обоим кредиторам пропорционально доле каждого из них. Так, например, если первоначальная их претензия равнялась двадцати дарагимам и один из них освободит должника от половины своей доли, то остающийся долг будет равняться пятнадцати дарагимам, из которых пять принадлежат кредитору, уступившему часть своей претензии, а десять — другому кредитору.

Один из двух кредиторов может согласиться на отсрочку платежа. Если один из двух кредиторов продлит срок платежа своей доли в претензии, то это действительно, по учению Абу Юсуфа, ввиду аналогии этого случая с безусловным освобождением от платежа; другими словами, так как отсрочка платежа равнозначна с ограниченным освобождением, то она действительна так же, как и безусловное освобождение. По мнению имамов Абу Ханифы и Мухаммада, такая отсрочка недействительна, так как следует заключить, что раздел долга имеет место до его получения, ибо продление срока платежа в отношении одной только части равносильно разделению долей претензии; а такой раздел до уплаты долга недействителен, ибо раздел носит характер дарения права собственности, а дарение права на долг, учиненное не в пользу должника, недействительно. Кроме того, раздел предполагает различие, а так как различие не может существовать в личных обязательствах, то оно недействительно.

Один из двух кредиторов получает свою часть захватом чего-либо у должника, или потерей, или уничтожением чего-либо, принадлежащего ему, или принятием для мирового соглашения, аренды, или сожжением принадлежащего должнику платья. Если один из двух кредиторов захватит у должника какой-нибудь определенный предмет или купит у него что-либо по недействительному договору и потеряет или разрушит купленное, то все эти действия считаются равносильными получению долга. Так же, когда из двух кредиторов один примет от должника аренду взамен долга: и в этом случае считают, что он получил долг. Равным образом, если один из двух кредиторов сожжет принадлежащее должнику платье, стоимостью равное его доле участия в долге, то это есть получение платежа, по мнению имама Мухаммада, но не по мнению Абу Юсуфа. (Некоторые, однако, замечают, что это различие основано на предположении, что он поджег платье, не имея его в своем владении, ибо если бы он сперва вступил во владение платьем, а затем поджег его, то, по мнению всех наших ученых, он получил свою долю, так как сперва овладел платьем, а затем сжег его).

Один из двух кредиторов погашает свою долю, вступая в брак с должницей и обращая свою долю на приданое или уступая эту долю для мирового соглашения при нарушении чьего-либо права. Если должник — женщина и один из двух кредиторов вступит с нею в брак и отдаст свою долю в претензии ей в приданое, то это, по «Захири-Риваяту», есть погашение долга. То же следует сказать относительно того случая, когда эта доля уступается для мирового соглашения при намеренной обиде. Следует, однако, заметить, что если один из кредиторов вступит в брак с женщиной, являющейся их должницей, не договорившись об обращении его доли участия на ее приданое, то в этом случае другой кредитор получает право иска к нему, ибо предполагается, что он произвел со своею женою зачет своего требования с ее требованием. Другое дело, когда он договорится о поступлении своей доли претензии в качестве ее приданого, ибо тогда полагается, что он погасил, а не засчитал свою претензию, и потому второй кредитор не может приобрести на нем права иска. По неизменному правилу, когда один из кредиторов получил уплату, то другой кредитор в случае разрушения его претензии по причине смерти должника несостоятельным или иным образом имеет право на участие в полученной другим кредитором доле; но он не имеет такого права в случае погашения долга.

Если один из кредиторов вступит в мировое соглашение относительно своей доли в претензии путем покупки, то другой кредитор вправе получить свою долю от должника или соответствующую часть полученного покупщиком. Если один из двух кредиторов купит что-либо у должника (например, платье) взамен своей доли в претензии, то другой кредитор волен или потребовать свою долю претензии от должника (в каком случае наступают все последствия, указанные в предыдущем примере, когда кредитор требует платежа от должника), или получить от покупщика эквивалент в размере четвертой части долга, ибо он (покупщик) вступает в полное владение своей претензией, так как в продаже и покупке не различаются степени потери или неравенства, допускаемые при мене вещей. Поэтому он ответствен за четвертую часть долга и не имеет выбора между уплатою четверти долга и отдачею половины платья. Иначе бывает при мировой сделке: она обыкновенно свидетельствует о мягкосердечии и уступчивости; и было бы несправедливо по отношению к лицу, вступающему в эту сделку, принуждать его к уплате четвертой части долга. Посему ему предоставляется выбор между дачею четвертой части долга и половины предмета, полученного для соглашения. Сверх того, не получающий кредитор не имеет права на какую-либо часть купленного платья, так как купивший кредитор стал собственником его по договору продажи.

Возражение. Названное платье должно быть разделено между обоими кредиторами, так как оно получено взамен совокупного долга.

Ответ. Названное платье не было получено взамен совокупного долга, но лишь взамен доли покупщика, так что здесь происходит зачет цены платья, принадлежащей ему долею в претензии.

Возражение. Если цена платья составляет зачет принадлежащей ему доли в претензии, то здесь имеет место раздел долга до получения платежа, что незаконно.

Ответ. Добровольный раздел долга предварительно получения его незаконен, но ненамеренный раздел его (например, подразумеваемый, вытекающий как следствие из известного положения) законен; а в рассматриваемом случае он включен в действительность продажи таким же образом, как раздел долга до получения его связан с действительностью мировой сделки.

Один из двух участников договора саям не может вступать в мировое соглашение относительно своей доли. Если два лица заключают договор саям (то есть дают вперед деньги за вещь, передача которой должна последовать в будущем) и один из них затем вступит в мировое соглашение относительно своей доли в вещи взамен своей доли данных вперед денег, то такое соглашение по имамам Абу Ханифе и Мухаммаду, незаконно. Абу Юсуф утверждает, что оно законно, так как он признает здесь аналогию со всяким другим долгом, а также с тем случаем, когда два лица покупают раба и одно из них затем разрушает договор относительно своей доли, что представляется законным; то же имеет место в настоящем случае. Рассуждения имамов Абу Ханифы и Мухаммада в этом отношении — двоякого рода. Во-первых, если бы рассматриваемое мировое соглашение было законно только в отношении доли одного из участников, то здесь имел бы место раздел долга до его получения, что незаконно, ибо, так как долг до его получения материально не существует, то и невозмож-

но отделить одну часть его от другой. Если бы, с другой стороны, оно было законно по отношению к обоим участникам, то необходимо было бы согласие другого участника. Другое дело, если два лица покупают раба и одно из них разрушает договор по отношению к своей доле, потому что раб существует материально, а раздел материально существующей вещи возможен, так как часть может быть отличена от части до передачи или после оной. Во-вторых, если бы рассматриваемое соглашение было действительно, то отсюда следовало бы, что право покупателя на имущество, за которое деньги уплачены вперед, уничтожено и установлено на капитал (то есть данной вперед цене) и что оно затем снова обращается на имущество, за которое уплата произведена вперед. Ибо если предположить, что мировое соглашение действительно и что один из участников получает, следовательно, свою долю капитала, то другой участник имеет право получить от него свою долю капитала; а лицо, заключившее мировую сделку, со своей стороны, имеет право иска к своему соучастнику о соответствующей части имущества. Отсюда следует, что право лица, заключившего сделку, восстанавливается по отношению к имуществу, за которое уплачено вперед, после уничтожения; но уничтожение не может иметь места без расторжения права; посему расторжение это имеет место с самого начала. Между тем после восстановления права следует уничтожение расторжения, а это незаконно, ибо расторжение в договоре саям не может быть уничтожено. Законоведы замечают, что этот случай предполагает смешение покупателями своих капиталов, ибо если бы их доли в капитале не были смешаны, то (согласно первому из вышеприведенных аргументов) то же разногласие должно иметь место, так как и тогда происходит раздел до получения должного. Согласно второму аргументу мировое соглашение действительно, по мнению всех наших ученых, ибо в таком случае участник, не вступивший в мировое соглашение, не захотел бы участвовать с лицом, заключившим мировую сделку, в той части капитала, которую он получает обратно, так как они не были соучастниками в капитале, а потому здесь нельзя сказать, что право покупателя на имущество, за которое платеж произведен вперед, восстанавливается после уничтожения. В «Азую» передается, что мнение о единогласии всех наших ученых, опирающемся на втором аргументе, не достаточно обосновано, ибо право на участие в полученном предмете основано на том обстоятельстве, что имущество, за которое платеж учинен вперед, составляет совокупный долг ввиду того, что таковой возникает из договора, равно относящегося до обоих участников. А отсюда участник, не заключивший мировой сделки, имеет право участвовать вместе с лицом, вступившим в мировое соглашение, во всем том, что им получено в силу их соучастия в покупке имущества с платежом вперед денег, независимо от того, смешаны ли были их доли или нет.

Раздел. О тахари

Определение термина. Тахарию на языке закона называется такая мировая сделка, которая заключается одной частью наследников с другими наследниками относительно своей части наследства, взамен которой уступается какое-либо определенное имущество, получением которого часть наследников исключается из числа следующих.

Наследники могут вступать в мировое соглашение с сонаследником относительно его части наследства, состоящей из земли или движимости, взамен эквивалента. Если чье-либо имущество, состоящее из земли и движимости, подлежит разделу между несколькими наследниками и они вступят в соглашение с одним из своей среды относительно его части наследства, давая ему какой-либо определенный предмет, то такое соглашение законно независимо от стоимости даваемого предмета, ибо возможно узаконить это соглашение, придав ему значение продажи. По преданию, во время Османа Тамазир, вдова Абдул-Римана, сына Авфа, будучи разведена со своим мужем перед его смертью, вступила в мировое соглашение относительно своей части наследства, составлявшей одну четверть восьмой доли, за половину одной четверти восьмой доли. Абдул-Риман, кроме детей, имел четырех жен и оставил состояние в пять миллионов триста двенадцать тысяч динаров, а полученная Тамазирию часть равнялась восьмидесяти трем тысячам динаров, что составляет половину одной четверти восьмой доли.

Или одного рода благородного металла, когда наследство состоит из другого рода благородного металла. Равным образом, если имущество состоит из серебра и одному из наследников для мирового соглашения дается золото, или если оно состоит из золота, а для мирового соглашения дается серебро, то такое соглашение действительно независимо от стоимости предмета, даваемого для соглашения, ибо это есть продажа одного вида предметов за другой, а при ней не требуется равенства между продаваемым и даваемой ценою. Однако требуется, чтобы обмен предметов произошел между сторонами тут же, на месте заключения мировой сделки, ибо это есть продажа сарф, при которой необходимы наличность сторон и взаимный обмен предметов. Но если наследник, во владении которого находится остальное имущество, отрицает владение, то достаточно первое завладение, влекущее за собою ответственность (так как оно имеет характер захвата) и посему могущее заменить овладение по мировой сделке. Если, напротив, он признает владение, то необходимо вторичное завладение, ибо в этом случае завладение носит характер поклажи, не сопровождаемой ответственностью, и, следовательно, слишком слабо сравнительно с владением по мировой сделке, влекущей ответственность. Посему первый вид владения не может заменить второго.

Наследство, состоящее из драгоценных металлов и движимости, может быть уступлено для мирового соглашения взамен золота или серебра, но эти металлы должны превышать стоимость тех же унаследованных металлов, а излишек должен быть передан наследнику в момент заключения мировой сделки. Если наследство состоит из золота, серебра и другого движимого имущества и наследники вступят в мировое соглашение с одним из своей среды взамен серебра или золота, то в этом случае необходимо, чтобы серебра или золота, даваемого для мирового соглашения, было несколько больше той части тех же металлов, которая досталась ему в наследство, чтобы после уравнивания даваемого и получаемого количества драгоценного металла осталось некоторое количество последнего в виде вознаграждения за остальное движимое имущество, уступаемое наследником; это необходимо для избежания нарекания в лихве. В этом случае необходимо также, чтобы на самом месте заключения договора было

установлено владение наследника вещью, даваемою взамен его доли золота или серебра, ибо мировое соглашение в этих пределах носит характер продажи сарф. Если бы в рассматриваемом случае для мирового соглашения дано было движимое имущество, то соглашение это безусловно действительно, независимо от того, устанавливается ли владение сторон тут же, при заключении сделки, или нет, а также от стоимости предметов, даваемых для мирового соглашения.

Наследство, состоящее из монет, может быть предметом мирового соглашения взамен монет, так что одна сумма их противопоставляется другой. Если наследство состоит из дарагимов и динаров и даваемый для мирового соглашения предмет также состоит из дарагимов и динаров, то соглашение законно независимо от количества даваемых и получаемых монет, так как здесь каждый род монет противопоставляется другому роду таким же образом, как при продаже. Требуется, однако, чтобы овладение произошло тут же, потому что рассматриваемое соглашение носит характер продажи сарф.

Унаследованная претензия не может быть предметом мирового соглашения. Если умершему принадлежала претензия, которая включена в мировое соглашение, так что один наследник отказывается от своей доли претензии, соглашаясь считать ее всецело принадлежащею другим наследникам, то такое соглашение недействительно, ибо в этом случае один наследник делает других наследников собственниками своей доли претензии, что незаконно, так как собственность на претензию может быть передана только должнику. Посему мировое соглашение ничтожно, ибо оно ничтожно в той части, которая касается долга; а когда договор ничтожен в части, то он ничтожен и в целом, потому что когда договор недействителен в отношении части своего предмета, то он недействителен в целом составе.

Разве наследник согласится освободить должника от обязанности уплатить причитающуюся ему часть долга. Если бы, однако, мировое соглашение состоялось под условием, что вступающий в сделку наследник освобождает должника от уплаты своей части в претензии и что другие не станут требовать этой уплаты, то такое соглашение действительно, так как оно является или погашением долга или передачею его должнику. Это — одно средство узаконить мировое соглашение.

Или другие наследники уплатят ему его часть безвозмездно. Другое средство состоит в том, что другие наследники безвозмездно платят наследнику, вступающему в соглашение, его долю в претензии, а затем вступают с ним в мировое соглашение относительно его доли в общем наследстве. Но, конечно, при обоих способах другие наследники терпят ущерб: при последнем — очевидно, так как они удовлетворяют его претензию без всякого вознаграждения, а при первом — потому что возможно, что они никогда не получат долга или части его вследствие бедности должника.

Или дадут ему займы сумму его претензии для передачи должнику. Посему наилучшее средство состоит в том, что наследники дают займы своему сонаследнику, вступающему в сделку, сумму, равную доле его претензии, а затем вступают с ним в соглашение относительно его доли в наследстве; он же передает заемное обязательство должнику, чтобы другие наследники могли законным образом получить от должника эту часть претензии.

Случай мирового соглашения относительно наследства, составные части которого неизвестны. Если в числе оставшегося после умершего имущества нет долговых претензий и неизвестно, из каких предметов наследство состоит, а один из наследников вступит в мировое соглашение относительно своей доли взамен предметов, измеряемых весом или мерами емкости, то, по мнению некоторых, такое соглашение незаконно по причине сходства его с лихвою. Другие, однако, утверждают, что оно законно, так как сходство с лихвою сомнительно, ибо прежде всего возможно, что наследство состоит из предметов, измеряемых мерами веса и емкости; возможно также, что оно не состоит из таких предметов. Затем, если оно состоит из таких предметов, возможно, что количество их, даваемое для соглашения, не соответствует праву наследника, и возможно также, что оно соответствует этому праву. Посему сходство с лихвою представляется сомнительным; а во внимание может быть принято лишь действительное сходство, а не сомнительное.

Случай соглашения, когда составные части наследства известны лишь отчасти. Если наследство состоит не из предметов, измеряемых мерами веса и емкости, но неизвестно, из чего именно, и один из наследников вступит в мировое соглашение относительно своей доли наследства взамен предметов, измеряемых мерами веса и емкости, то, по мнению некоторых, это незаконно, так как мировое соглашение носит характер продажи или обмена собственности на собственность; а таковая незаконна, когда один из предметов, даваемых в обмен, не определен. Однако, по общепринятому мнению, такое соглашение законно, ибо здесь неопределенность не может повести к спорам ввиду того, что вещь, относительно которой сделка состоялась и которая представляется неопределенною, находится в руках остальных наследников.

Относительно наследства, отягощенного долгами, не может быть ни мирового соглашения, ни раздела. Если наследство совершенно покрывается долгами, то относительно его не могут иметь места ни мировое соглашение, ни раздел между наследниками, ибо последние в этом случае не являются хозяевами имущества, так как наследование имеет место только по отношению к имуществу, не отягощенному долгами умершего, платеж которых необходимо должен быть произведен из этого имущества. Даже если наследство не совсем покрывается долгами, то оно и в этом случае не может стать предметом мировой сделки до уплаты долгов. Законоведы, однако, утверждают, что если заключена мировая сделка или совершен раздел до уплаты долгов, то это представляется законным. Коран, излагая учение о разделах, замечает, что раздел недействителен ввиду благоприятного толкования закона, но что он действителен по соображениям, основанным на аналогии.

КНИГА XXVII

О МУЗАРАБАТЕ, ИЛИ ТОВАРИЩЕСТВЕ В ПРИБЫЛЯХ КАПИТАЛА И ТРУДА

Определение термина. Слово «музарабат» происходит от «зирриб» и буквально означает «ходить по земле». На языке закона под музарабатом понимают договор товарищества, по которому одна сторона (именно — собственник) получает право на прибыль вследствие предоставления капитала, и называется рабби-мал, или собственник капитала (называемого раиси-мал), а другая сторона получает право на прибыль по причине вкладаемого в дело труда и называется музарибом (или деятелем).

Участие в прибыли есть существенная принадлежность этого договора. Посему договор музарабата не может быть установлен без участия в прибыли, ибо если бы вся прибыль поступала к пользу собственника капитала, то такой договор считается бо-заатом, а если бы вся прибыль была выговорена в пользу непосредственного деятеля, то мы имели бы дело с займом.

- | | |
|------------|---|
| Глава I. | Введение. |
| Глава II. | О деятеле, вступающем в договор музарабата с другим деятелем. |
| Глава III. | Об увольнении деятеля и о разделе имущества. |
| Глава IV. | О действиях, законно совершаемых деятелем. |
| Глава V. | О спорах между собственником капитала и деятелем. |

Глава I

ВВЕДЕНИЕ

Договоры музарабата законны. Договоры музарабата допущены законом по необходимости, ибо многие обладают имуществом, не будучи искусны в употреблении оно; другие, напротив, обладают этим искусством, не имея имущества. Отсюда является необходимость допустить эти договоры ради согласования интересов богато-

го и бедного, искусного и неискусного. Многие вступали в такие договоры в присутствии Пророка, который утверждал их. Равным образом некоторые из товарищей Пророка заключали такие договоры.

Капитал составляет поклажу в руках деятеля. Что бы ни было дано деятелю собственником капитала, все это считается поклажею, потому что деятель вступает в товарищество по желанию собственника, а не с намерением купить или взять займы. Деятель является также агентом собственника относительно употребления капитала, так как он действует в этом отношении по его приказанию. Поэтому, когда приобретена какая-либо прибыль, то собственник и деятель являются совокупными участниками в ней, так как прибыль эта является результатом совокупного действия капитала одного и труда другого.

Если договор окажется недействительным, то деятель вместо прибыли получает ответственную плату за труд. Если договор музарабата недействителен, то он представляется недействительным договором найма, ибо так как деятель в отношении капитала действует для собственника такового, то выговоренная им прибыль равносильна плате за его труд. Посему договор музарабата, когда он недействителен, представляется как бы недействительным договором найма; а при таком положении деятель имеет право только на вознаграждение, соответствующее его труду¹.

Деятель, сопротивляющийся приказаниям собственника, является узурпатором. Если деятель сопротивляется приказаниям собственника, то он является узурпатором, так как с намерением преступает указания относительно чужой собственности.

Музарабат может иметь место лишь относительно такого капитала, который допускает товарищество. Договоры музарабата действительны только относительно капитала, могущего быть предметом договора товарищества, именно — дарагимов и динаров (по Абу Ханифе), а также ходячих фалу (по учению обоих учеников), как было подробно объяснено в отделе о товариществе. Поэтому, если бы собственник капитала дал кому-либо движимое имущество с поручением «продать таковое и затем в отношении вырученной цены поступить как музариб»², то договор музарабата был бы действителен, так как он относится не к движимому имуществу, но к цене его, то есть к такому предмету, относительно которого музарабат действителен. Что же касается того, что он связывает договор с ценою, которая имеет лишь быть вырученною в будущем, то такое условие законно в договорах музарабата, ибо эти договоры носят или характер поручения, или характер найма; а ни один из них не становится недействительным вследствие отнесения его начала к будущему времени. Равным образом, если бы собственник сказал: «Получи деньги, должные мне таким-то лицом, и поступи относительно их как деятель», то договор музарабата законен, ибо, будучи отнесен к периоду уплаты долга, касается не сего последнего, а самого пред-

¹ Для уразумения сего нелишне заметить, что когда договор найма становится недействительным вследствие недействительности одного из условий его, то наемник имеет право только на вознаграждение, пропорциональное его труду, а не на плату, выговоренную в договоре.

² То есть пустить ее в оборот в виде музарабата.

мета, состоящего в долгу; отнесение же договора к будущему времени, как уже сказано, согласно с законом. Иное дело, когда собственник капитала говорит: «Поступи, как музариб, в отношении твоего долга», ибо это представляется незаконным как по Абу Ханифе, так и по мнению обоих учеников: по Абу Ханифе — потому, что он считает такого рода установление представительства незаконным (как было объяснено в отделе о представительстве и продаже); по мнению обоих учеников — потому, что, хотя такое установление представительства законно, но так как вещь, купленная лицом по такому поручению, составляет собственность лица поручившего, то отсюда следует, что договор музарабата относится к движимому имуществу и, следовательно, незаконен.

Необходимо, чтобы в таком договоре, прибыль не была определена. Одно из условий договора музарабата состоит в том, чтобы прибыль собственника и деятеля не была определена, то есть чтобы ни один из них не имел права на определенное число дарагимов, ибо если бы в пользу той или другой стороны была выговорена определенная сумма дарагимов, то товарищество в отношении прибыли перестало бы существовать между ними, так как возможно, что вся прибыль не превысит выговоренной суммы; между тем существенно, чтобы обе стороны были участниками в прибыли. Посему, если бы, например, на часть одной стороны было выговорено десять дарагимов, деятель получает право на вознаграждение, пропорциональное своему труду, потому что договор музарабата стал недействительным, так как возможно, что вся полученная прибыль не превысит выговоренной суммы, в каковом случае не могло бы существовать товарищество в прибыли. Деятель имеет право на получение соответствующей платы за труд, так как цель его труда заключалась в получении вознаграждения, а вследствие недействительности договора он лишен возможности получить такое вознаграждение; посему необходимо предоставить ему плату соответственно труду его. Что касается прибыли, которая может быть получена в этом случае, то она поступает в пользу собственника, ибо предполагается, что возникла из его собственности. Таков закон во всех случаях недействительности договора музарабата. Следует заметить, что, по мнению Абу Юсуфа, пропорциональная плата за труд в случае недействительности договора музарабата не может превышать выговоренной суммы. Напротив, по мнению имама Мухаммада, следует дать то, что соответствует труду, независимо от выговоренной суммы, как уже было объяснено в отделе о товариществе. В «Риваяти-Асыл»¹ установлено, что если договор окажется недействительным, соответствующая плата за труд должна быть дана, хотя бы никакой прибыли не было получено, потому что наемник имеет право на вознаграждение по получении прибыли или исполнении труда, а в данном случае одно из этих условий имеется в наличии. Передают как мнение Абу Юсуфа, что в этом случае нет обязательства по отношению к наемнику ввиду сходства этого договора, по аналогии, с действительным договором музарабата, то есть как при действительном договоре музарабата деятелю ничего не причитается при отсутствии прибыли, так же и при

¹ Первоначальные предания. Так называется одна из книг законов.

недействительности договора ему подавно не причитается ничего. Далее следует заметить, что при недействительности договора музарабата нет обязательства возврата или зачета капитала в случае его потери или уничтожения; то есть на деятеле не лежит ответственность вознаграждения, потому что как не существует ответственность за потерю капитала при действительном договоре, так не существует ее и при недействительности договора, а также потому, что деятель при недействительности договора является лишь наемником, и капитал остается в его руках только для того, чтобы он мог пустить его в дело. Отсюда, он ничего не должен в виде вознаграждения при уничтожении капитала.

И не подвержена неизвестности. Другое требование в договорах музарабата состоит в том, чтобы не было условий, возбуждающих неизвестность относительно прибыли, ибо такое условие делает договор недействительным, разрушая его предмет. Однако другие недействительные условия, исключая приведенного или таких, которые противны природе этого договора, не делают его недействительным, но сами становятся недействительными, как, например, условие об убытках на счет деятеля (когда условлено, что «прибыль должна быть разделена между собственником и деятелем, но если окажется убыток, то он всецело падает на деятеля»). Поэтому договор музарабата не становится ничтожным вследствие таких условий, но сами условия эти ничтожны; так как они являются излишними и не обуславливают собою ни разрушения товарищества, ни неизвестности относительно прибыли, то не делают договор музарабата ничтожным; так же, как представительство не становится ничтожным по ничтожности его условий.

Необходимо также, чтобы капитал был передан в руки деятеля. Другое требование при музарабате заключается в том, чтобы собственник передал капитал деятелю и не удержал владения им, ибо он является в руках деятеля с характером поклажи, а потому должен быть в его только владении, но никак не во владении собственника. Другое дело — в договоре товарищества, ибо в договоре музарабата капитал дается одною стороною, а труд — другою; отсюда необходимо, чтобы капитал всецело находился в руках деятеля для того, чтобы он мог исполнить при его содействии необходимый труд. Между тем, в товариществе труд вносится обеими сторонами; отсюда, если бы было условлено, что имущество всецело останется в руках одной из сторон, то договор товарищества не был бы установлен.

Условие о том, что собственник капитала явится и деятелем, делает договор недействительным. Соединение в одном лице роли собственника и деятеля делает договор недействительным, ибо где существует такое условие, капитал не может быть в исключительном владении деятеля, ввиду чего он не свободен в своих действиях относительно его и, таким образом, цель договора (именно — соучастие в прибыли) не может быть осуществлена независимо от того, обладает ли собственник полным разумением или нет (например, малолетний), ибо так как владение капиталом основано для собственника и на его праве собственности, то до тех пор, пока он остается в его владении, передача его деятелю не может быть удостоверена. Таким же образом, если один из двух участников музарабата или анайнана передает кому-либо капитал путем музарабата и ставит условием, чтобы и другой участник вступил в управление

им, такой договор музарабата ничтожен, потому что другой товарищ есть также собственник упомянутого капитала, хотя он не участвует в соглашении о музараbate.

Так же, как и условие об управлении капиталом договорившеюся стороною, хотя бы и не собственником. Если договорившаяся о музараbate сторона не есть собственник капитала и выговорит себе вместе с музарибом, или деятелем, участие в управлении капиталом, то такое соглашение недействительно, когда договаривающийся окажется неспособным, то есть когда он (подобно привилегированному рабу) по закону не вправе принять на себя управление капиталом по договору музарабата. Посему, когда привилегированный раб дает другому капитал для употребления по договору музарабата и выговаривает себе право управлять капиталом совокупно с деятелем за известную часть прибыли, то договор недействителен, ибо, хотя раб и не есть действительный собственник капитал, но так как он владеет им с правом употребления, то считается наравне с собственником; а потому его владение таковым делает договор недействительным.

Если только он не способен к такому управлению. Но если сторона имеет законную способность получать капитал и поступать в качестве деятеля, то рассматриваемый договор не будет недействителен, когда, например, отец или опекун дает имущество опекаемого кому-либо для употребления по договору музарабата, условившись, что он сам взамен известной части прибыли будет участвовать в управлении капиталом. В этом случае договор действителен, ибо такое лицо, будучи само вправе управлять капиталом несовершеннолетнего в виде музарабата, равным образом вправе участвовать вместе с другим в управлении таковым в виде музарабата.

Деятель свободен поступить с капиталом по собственному усмотрению. Так как договоры музарабата абсолютны, то есть не ограничены временем, местом или другими обстоятельствами, то деятель вправе, пользуясь капиталом, покупать или продавать, питаться и путешествовать или поместить капитал в виде бозаата, или поклажи, ибо договор не ограничен и цель его — получение прибыли. Но так как цель эта может быть достигнута только торговлею, то договор распространяется на все случайности торговли; а назначение представителя, передача имущества в виде поклажи — все это случайности торговли, равно как и путешествие, ибо поклажеприниматель, не имеющий права пользования поклажею, все же имеет право путешествовать с нею; а потому деятель, который имеет право пользования капиталом, и по давню имеет право путешествовать на этот капитал. Самое слово «музарабат» заключает в себе эту власть, ибо оно происходит от слова «зирриб», что значит идти по земле или, другими словами, путешествовать. Передается мнение Абу Юсуфа, что деятель не вправе путешествовать. Он передает также мнение Абу Ханифы, что если собственник дает капитал деятелю в его родном городе, то деятель не вправе путешествовать, ибо путешествовать с имуществом — значит без нужды подвергать таковое опасности; но если собственник передает ему капитал не в его родном городе, то он может отправиться в этот последний, ибо невероятно, чтобы кто-либо постоянно путешествовал; а так как собственник сознательно дал ему капитал в чужом городе, то можно предположить, что он этим согласился на путешествие его вместе с полученным капиталом в его родной город.

Но он не может передать его другому лицу по договору музарабата без согласия собственника. Деятель не вправе передать капитал другому лицу по договору музарабата без согласия собственника или без уполномочия со стороны последнего действовать по собственному разумению и усмотрению, потому что один предмет не может включать в себя подобный себе предмет, так как, будучи одинаковой силы, один из них не может вызвать другой. Отсюда необходимо или положительное разрешение со стороны собственника, или общее уполномочие деятелю поступать по собственному усмотрению. Этот случай подобен случаю назначения представителя: представитель не вправе назначить другого представителя, если представляемый не заявил: «Действуй по собственному разумению и усмотрению». Иначе бывает при поклаже, или передаче вещи по бозаату, так как эти действия деятель вправе совершить, потому что они по объему меньше музарабата, а больший по объему предмет может заключать в себе меньший.

Или отдать его в ссуду, хотя бы он был уполномочен действовать по усмотрению. Деятель не вправе отдать полученный им по музарабату капитал в ссуду другому лицу, хотя бы собственник сказал ему: «Действуй по своему усмотрению», потому что собственник капитала, давая такое уполномочие, имеет в виду уполномочить деятеля лишь на такие действия, которые свойственны торговле; но ссуда не связана с торговлею, а есть безвозмездный акт подобно пожертвованию и дарению. Поэтому отдачею капитала в ссуду цель музарабата (именно — получение прибыли) не может быть достигнута, ибо незаконно получить обратно более того, что было дано в ссуду. С другой стороны, передача капитала по договору музарабата согласна с существом торговли; а посему деятель может передать капитал другому лицу по музарабату, если только он уполномочен собственником поступать по своему усмотрению. То же самое следует сказать относительно товарищества и смешения капитала с собственностью самого деятеля; то есть если бы деятель смешал капитал со своим собственным имуществом и таким образом стал участником в смешанном имуществе, то такое действие законно, если только собственник уполномочил его действовать по усмотрению, ибо смешение и сотоварищество свойственны торговле; а потому уполномочие, данное таким образом, распространяется и на эти действия.

Деятель не вправе отступить от ограничений, наложенных на него договором. Если кто-либо даст другому лицу имущество по договору музарабата и ограничивает его деятельность известным городом или известными предметами, то деятель не вправе отступить от этих ограничений, ибо это в природе представительства; а так как ограничение здесь сопровождается выгодой, то оно допустимо. Равным образом деятель не вправе при таких обстоятельствах передать капитал другому лицу путем бозаата для перенесения из означенного города; так как деятель сам не вправе сделать это, то он не вправе и уполномочить на это другое лицо.

Нарушив ограничение, деятель становится ответственным за капитал. Если собственник ограничит пользование капиталом известным городом, а деятель, тем не менее, перенесет его в другой город и там купит на него что-либо, то он становится ответственным за капитал; а что он купил на него, становится его собственностью так же, как прибыль, могущая получиться от него, ибо он является узурпатором, так как

присвоил себе право действия относительно капитала без согласия собственника. Если, однако, деятель, перенеся капитал в другой город, ничего не купит на него до возвращения в тот город, которым собственник ограничил его деятельность, то он освобождается от ответственности (так же, как поклажеприниматель, оказавший сопротивление поклажедателю, освобождается от ответственности по прекращении сопротивления), а капитал снова получает характер музарабата в силу своего нахождения во владении деятеля по первоначальному договору. Равным образом, если деятель, купив что-либо на часть капитала в означенном городе, уедет из него с остающейся частью капитала и возвратится, не купив на эту оставшуюся часть, то в этом случае как купленное имущество, так и привезенная обратно часть капитала рассматриваются по законам музарабата ввиду вышеизложенных соображений.

Сказанное здесь об ответственности деятеля при перенесении капитала в другой город и покупке на него там вещей взято из «Джами-ус-Сагира». В «Мабсуте», в отделе о музарабате, говорится, что деятель становится ответственным непосредственно при перенесении капитала в другой город. Более распространенное учение заключается, однако, в том, что деятель становится ответственным немедленно по перенесении капитала из указанного города и что после покупки на него в другом городе вещей ответственность эта становится определенной и постоянной, ибо в этом случае невероятно, чтобы он принес капитал обратно в указанный город. Посему требуемое в «Джами-ус-Сагире» условие покупки деятелем вещей вне указанного города относится к утверждению ответственности, а не к возникновению ее, которое имеет место непосредственно по перенесении капитала из города.

Ограничение известною частью города недействительно. Если кто-либо даст другому капитал по договору музарабата под условием покупать на него на рыночной площади известного города, то условие это недействительно, ибо город, несмотря на различие его частей, составляет одно место, а потому такое ограничение бесполезно.

Если только при этом не выражено положительное исключение всякого другого места. Если бы, однако, он положительно ограничил право покупки рыночной площадью, говоря: «Покупай на этот капитал на рыночной площади и ни в каком другом месте», то покупка в другом месте была бы незаконна, так как собственник положительно заявил, «чтобы он не покупал вне рыночной площади»; а собственник волен установить такое ограничение. Упомянутое здесь ограничение подразумевается, когда собственник говорит: «Я даю тебе этот капитал под условием, чтобы ты поступил с ним таким образом» (например, «чтобы ты купил бумажную пряжу»), или под условием, «чтобы ты употребил его в таком-то месте», а также когда он говорит: «Возьми этот капитал и употреби его в Куфе» или: «Возьми этот капитал под условием половины прибыли, имеющей получиться от него в Куфе». Если бы, однако, собственник просто сказал: «Употреби этот капитал в Куфе», то деятель вправе употребить его в Куфе или вне Куфы. Доказательство этих положений основано на арабской грамматике.

Деятель может быть ограничен в своих действиях известными лицами. Если собственник говорит деятелю: «Возьми этот капитал под условием, что ты будешь на него

покупать у известного лица и продавать ему», то такое ограничение действительно, будучи основано на специальном кредите, оказываемом лицу, до которого это относится. Другое дело, когда он говорит: «Возьми этот капитал под условием, что ты будешь покупать на него у жителей Куфы», или «Продавать им», или: «Возьми этот капитал для продажи сарф с тем, чтобы ты покупал на него у саррафов (банкиров) или продал его им», ибо если (в первом примере) деятель продаст капитал в городе Куфе не куфскому жителю или (в последнем примере) продаст его не саррафу, то его действие законно. Первое из этих ограничений касается только места; и так как жители Куфы отличаются друг от друга понятиями и способом ведения дел, то ограничение ими обыкновенно не может сопровождаться какою-либо выгодой; между тем как ограничение местом имеет значение для сохранения капитала. Второе из приведенных ограничений есть ограничение известным способом продажи. Так как это ограничение не касается известного лица, но известной группы лиц, занимающихся промыслом саррафов¹, то очевидно, что ограничение касалось только продажи сарф. Таковое общепринятое значение ограничения в этих двух случаях, но не в других.

Действие договора может быть ограничено известным периодом. Если собственник ограничивает музарабат известным сроком, то договор становится недействительным по истечении этого срока. Так как это есть поручение, то продолжение его ограничивается указанным временем; и так как ограничение продолжительности его может быть выгодно, то оно действительно так же, как ограничение известным местом или известным способом продажи.

Деятель вправе покупать лишь предметы, могущие стать, в силу овладения, собственностью собственника капитала. Деятель не вправе купить на капитал раба, который стал бы свободным при передаче собственнику вследствие родства или по другой причине (например, потому что собственник дал обет освободить его), ибо договор был заключен с целью получения прибыли, которая может быть достигнута лишь рядом актов, каковы предварительная покупка и последующая продажа, а этой последней препятствует свобода раба. По этой причине покупка таких вещей, которые не способны стать собственностью по передаче (каковы вино или падаль), не составляет права деятеля в договоре музарабата. (Иначе — при покупке вещи по недействительному договору продажи, ибо такая покупка не противна договору музарабата, так как деятель законным образом может перепродать эту вещь после передачи, следовательно, прибыль, составляющая цель договора, может быть в этом случае получена). Посему, если деятель покупает раба, который становится свободным при передаче собственнику капитала, то такая покупка не относится на счет последнего, а считается произведенною за счет самого деятеля, ибо, так как сделка действительно по отношению к покупщику, то и последствия ее должны касаться его, как в том случае, когда представитель при покупке действует против указания назначившего его лица.

¹ «Сарраф» происходит от «сарф», что означает чистую продажу или акт мены одного рода предметов на другой; отсюда под саррафом понимают не только банкиров или менял, но каждого, чьи занятия подходят под понятие саррафа, а следовательно, и лицо, заключающее продажу сарф.

Деятель не может купить раба, свободного по отношению к нему, когда до того на капитал получена какая-либо прибыль. Деятель не вправе купить раба, который по отношению к нему свободен, когда на капитал была получена прибыль, потому что доля деятеля (именно — в прибыли) в этом случае была бы освобождена из всего капитала и, следовательно, по Абу Ханифе, доле собственника был бы нанесен ущерб¹. (Оба ученика полагают, что и эта доля была бы освобождена, что объясняется известным различием взглядов их и Абу Ханифы на делимость или неделимость отпущения на волю). Но раз раб становится свободным в целом или в части, он не может уже быть предметом продажи, следовательно, цель договора (именно — получение прибыли) не может быть осуществлена этим способом. Посему деятель не вправе, когда на капитал получена прибыль, купить такого раба, который в отношении его был бы свободен. Если бы, однако, он при сказанных обстоятельствах купил такого раба, то стал бы ответственным за истраченный таким образом капитал, ибо тогда он считается купившим раба за свой счет, а платеж произведен им из капитала. Но если на капитал не было получено прибыли, то деятель вправе купить раба, который был бы по отношению к нему свободным; здесь не представляется к тому препятствий, так как деятель не имеет доли в покупке², и потому часть раба становится свободною. И если после покупки получится прибыль вследствие увеличения ценности раба, то часть раба, составляющая долю прибыли деятеля, становится свободною. В этом случае деятель не ответствен перед собственником капитала за сей последний (то есть он не обязан вознаградить его за происшедший от того ущерб в принадлежащем ему имуществе), так как ни увеличение стоимости раба, ни приобретение деятелем части в нем не произошли по вине деятеля, а возникли сами собою, независимо от его воли и деятельности. Здесь представляется такой же случай, как если кто-либо становится наследником своего родственника или другого лица; как, например, если жена купит сына своего мужа и умрет, оставив мужа и брата, в каковом случае сын первого становится свободным, а отец ни в чем не ответствен. Так и в рассматриваемом случае. (Следует заметить, что указанный раб должен исполнить для собственника капитала за освобождение работу в размере принадлежавшей ему в рабе части, так как собственность его заключена в личности раба; поэтому он должен исполнить работу за освобождение так же, как в случае наследования).

Случай покупки деятелем рабы и рождения ею от него ребенка. Если собственник капитала даст деятелю тысячу дарагимов для употребления по договору музарабата под условием дележа прибыли поровну, деятель купит на них рабу, стоящую тысячу дарагимов, затем вступит с нею в связь, последствием которой будет рождение ребенка, также оцененного в тысячу дарагимов, и потребует ребенка, последний же возрастет в ценности до тысячи пятисот дарагимов, то собственник капитала волен потребовать от раба (ребенка деятеля) работы за освобождение в размере тысячи

¹ Так как раб, становясь свободным в части, не может быть продан и получает право на свободу.

² Так как до того времени на капитал не было получено прибыли, а прибыль составляет единственный предмет, в котором участвует деятель, то отсюда следует, что последний не истратил ни одной части своего имущества на покупку.

двухсот пятидесяти дарагимов или освободить его; но деятель не обязан вознаграждать собственника за его часть, хотя бы он и был богат. В пользу претензии деятеля говорит предположение. Возможно, что раба — жена деятеля вследствие того, что прежний ее собственник мог сперва выдать ее за него замуж, а затем продать ее ему за капитал, полученный по музарабату; что рожденное ею дитя зачато от него, но его притязание на ребенка не имело успеха (то есть ребенок не был отпущен на волю), потому что условие его освобождения (именно — его право собственности на рабу) не обнаружилось, так как от нее еще не получилось прибыли; стоимость каждого (именно — матери и ребенка) в точности равнялась размеру капитала и, следовательно, ни один из них не дал прибыли. Это все равно, как если капитал, данный по договору музарабата, состоит из разных предметов, а каждый из них стоимостью равняется капиталу; и если кто-либо покупает на капитал в тысячу дарагимов двух рабов, а каждый из них затем окажется стоимостью в тысячу дарагимов, то ни один из них не дал прибыли. То же и в рассматриваемом случае. Так как тут не оказывается прибыли, то отсюда следует, что деятель не получает доли в рабе или ребенке и что, следовательно, его претензия недействительна; но раз стоимость ребенка превышает стоимость капитала, то оказывается прибыль и, следовательно, претензия деятеля становится действительной. Другое было дело, если бы деятель сперва отпустил ребенка на волю¹, а затем стоимость его возросла; такая эмансипация в обоих случаях была бы недействительна (то есть не имела бы значения ни после обнаружения прибыли, ни до того), потому что освобождение предполагает право на таковое, а так как такого права в момент освобождения не было², то оно не может стать действительным вследствие возникшего затем права; между тем как, с другой стороны, претензия заключается в положительном объявлении и потому может стать действительным вследствие привходящего права (таким же образом, как если кто-либо объявит принадлежащего другому раба свободным, затем купит его, в каковом случае раб после покупки становится свободным в силу предшествующего заявления). Поэтому, так как претензия становится действительной после возникновения прибыли и родство также является установленным, то отсюда следует, что ребенок свободен в силу права собственности деятеля на часть его, а деятель не обязан вознаграждать собственника капитала за какую бы то ни было часть его стоимости, будь он богат или беден, ибо свобода ребенка основана на его родстве и на праве собственности деятеля (то есть установлена на обоих основаниях). Так как право собственности возникает после родства, то причиною освобождения является право собственности, которое возникает независимо от воли и старания деятеля и относительно которого ему, следовательно, нельзя приписать какого-либо правонарушения; но вознаграждение за

¹ То есть иное было бы дело, если бы претензия деятеля (закрывающая в себе отпущение ребенка на волю) была прежде допущена и т.д.

² Так как деятель не приобретает права собственности на ребенка раньше получения на него прибыли.

отпущение раба на волю¹ есть вознаграждение за убытки, и оно может быть требуемо лишь в случае правонарушения. В этом случае собственник капитала вправе требовать от раба мужского пола работы за освобождение, ибо право собственности, которое он имел на него, остается за ним. Он также вправе отпустить его на волю, так как раб, обязанный работою за освобождение, по Абу Ханифе, подобен мукатабу, а потому собственник вправе освободить его. Если собственник требует работы, то раб должен исполнить ее в размере одной тысячи двухсот пятидесяти дарагимов, так как собственник имеет право на одну тысячу за счет капитала, а остальные пятьсот, составляющие прибыль, делятся в равных частях между им и деятелем. Посему работа должна быть исполнена в указанном объеме. Получив, таким образом, свою часть от раба, собственник вправе получить вознаграждение в размере половины стоимости матери, ибо, имея право на тысячу дарагимов из тысячи двухсот пятидесяти за счет капитала (каковая претензия всегда должна быть удовлетворяема раньше), собственник вправе считать рабу прибылью. Последняя, следовательно, должна быть разделена поровну между собственником капитала и деятелем. А так как деятель раньше заявил претензию, оказавшуюся действительною (ввиду предположения о том, что он мог иметь сношение с рабою в силу брачной связи) и отсроченную лишь вследствие недостатка права собственности на его стороне, то такая претензия получает силу после установления этого права, вследствие чего раба становится его умми-валяд. Деятель ответствен за часть собственника независимо от того, богат ли он или беден, потому что ответственность в этом случае есть ответственность за предполагаемую собственность, а ответственность этого рода не зависит от правонарушения. Это все равно, как если кто-либо в силу брака имеет сношение с чужою рабою, у нее родится ребенок и лицо это впоследствии приобретет по наследству право собственности на нее совокупно с другим лицом, в каковом случае названное лицо ответственно перед другим за его часть; и так же в рассматриваемом случае в противоположность ответственности за ребенка, как объяснено выше.

Глава II

О ДЕЯТЕЛЕ, ВСТУПАЮЩЕМ В ДОГОВОР МУЗАРАБАТА С ДРУГИМ ДЕЯТЕЛЕМ

Деятель, передающий вверенный ему капитал другому деятелю, ответствен перед собственником за всякую полученную на капитал прибыль. Если деятель дает другому лицу капитал по договору музарабата без разрешения собственника капитала, то в этом случае первый, или главный, деятель не ответствен (за капитал) ни в силу того, что он таким образом передал капитал другому лицу, ни в силу того, что другой употребил капитал в дело, пока на него не будет получена прибыль. Но как скоро при-

¹ Как, например, в том случае, когда один из совладельцев отпускает на волю свою часть раба, что ведет к освобождению всего раба и, следовательно, по своим последствиям разрушает собственность других совладельцев.

быль получена, то главный деятель становится ответственным перед собственником капитала. Таково, по словам Хасана, мнение Абу Ханифы. Оба ученика утверждают, что первый деятель становится ответственным непосредственно после совершения действия вторым деятелем; и это согласно с «Захири-Риваятом». Имам Зуфар полагает, что первый деятель ответствен за передачу капитала другому независимо от того, пустил ли этот последний капитал в оборот или нет (и таково же мнение Абу Юсуфа, выраженное им в одном случае), потому что деятель вправе передавать капитал по договору поклажи, но не по договору музарабата; но так как в данном случае он передается по договору музарабата, то деятель виновен в правонарушении и, следовательно, ответствен. Оба ученика доказывают, что в действительности капитал передается здесь как поклажа и становится музарабатом лишь вследствие деятельности второго музариба; «почему (говорят они) в данном случае мы обращаем внимание на два обстоятельства и определяем, что ответственность возникает в случае деятельности второго музариба; но если он не проявил деятельности и капитал будет утрачен, находясь в его владении, без всякого с его стороны правонарушения, то на первом деятеле не лежит ответственность». Абу Ханифа рассуждает, что простой акт передачи предварительно деятельности второго музариба есть поклажа, а после этой деятельности — вверение в виде бозаата; а так как оба эти действия разрешаются деятелю, то он не ответствен ни за одно из них. Но по получении прибыли первый деятель делает второго соучастником в капитале и потому ответствен таким же образом, как если бы он смешал капитал с имуществом другого лица, в каковом случае стал бы ответствен вследствие допущения другого к участию в капитале; и так же в рассматриваемом случае. Все вышеизложенное предполагает, что оба договора музарабата действительны. Но если один из этих договоров или оба недействительны, то первый деятель не ответствен, хотя бы второй пустил капитал в оборот, потому что второй деятель считается наемником, имеющим право на соответствующую плату за труд, а не на долю участия в прибыли. Имам Мухаммад в «Мабсуте» замечает, что в случае действительности договора музарабата первый деятель становится ответственным; но он ничего не говорит о положении второго деятеля. По мнению некоторых, он не ответствен, по учению Абу Ханифы, и ответствен — по учению обоих учеников, что объясняется различием во взглядах их на значение передоверия, так как Абу Ханифа считает ответственным первого поверенного, а не второго; оба же ученика полагают, что доверитель по своему выбору волен требовать вознаграждения от того или другого поверенного; и так же в рассматриваемом случае. Другие, напротив, говорят, что собственник, по мнению всех наших ученых, волен потребовать вознаграждения от первого или второго деятеля; и таково общепринятое мнение. Таково, очевидно, мнение обоих учеников, ибо, по их учению, второй поверенный ответствен; и это, очевидно, согласно также с мнением Абу Ханифы, так как первый деятель был виновен в правонарушении, давая капитал второму деятелю без разрешения собственника, а второй деятель был также виновен в правонарушении, принимая собственность другого без его согласия. Что касается разницы между случаями передачи капитала второму деятелю и передоверия, то она, по Абу Ханифе, заключается в том, что второй уполномоченный вступает во владение поклажею для выгоды

первого, и потому он не ответствен, между тем как второй деятель принимает капитал для своей собственной выгоды, почему он и становится ответственным. Следует заметить, что после возникновения ответственности первого деятеля за капитал заключенный им со вторым деятелем договор музарабата становится действительным и прибыль делится между ними согласно условию, ибо первый деятель ввиду своей ответственности становится собственником капитала с того времени, как он превысил свои права передачею капитала другому деятелю без согласия собственника: в этом случае он как бы передал таким способом свою собственность. Если, с другой стороны, собственник потребует вознаграждения от второго деятеля, то последний имеет право обратного требования к первому деятелю на основании заключенного ими договора музарабата, так как он действует в пользу первого деятеля. Право обратного требования принадлежит ему также потому, что первый деятель обманул его относительно предмета договора. В этом случае договор музарабата между первым и вторым деятелями действителен также потому, что, в конце концов, ответственность падает на первого деятеля, как будто собственник с самого начала потребовал от него удовлетворения, но прибыль принадлежит всецело второму деятелю, но не первому: второй деятель имеет право на прибыль вследствие своей деятельности, в которой нет изъяна; первый же имеет право на прибыль только в силу своего права собственности, которое, будучи основано лишь на факте уплаты вознаграждения, не совсем свободно от изъяна, так как право собственности, вытекающее из предположения, в одном отношении представляется установленным, а в другом — нет.

Случай передачи капитала одним деятелем другому при содействии собственника. Если кто-либо передаст деятелю капитал по договору музарабата под условием дележа прибыли поровну и с разрешением передавать имущество другому по договору музарабата, согласно сему деятель передаст упомянутое имущество другому лицу под условием дележа прибыли на три части, а второй деятель пустит капитал в оборот и получит на него прибыль, то, если собственник сказал первому деятелю: «Какую бы прибыль Господь Бог ни послал на этот капитал, поделим ее пополам», половина всей прибыли принадлежит собственнику, одна треть — второму деятелю и одна шестая — первому. Передача капитала первым деятелем второму по договору музарабата с согласия собственника была законна; но так как собственник выговорил себе половину всей прибыли, то он и имеет право на нее, а деятель вправе распорядиться лишь второю половиною; но он согласился дать одну треть всей прибыли второму деятелю, следовательно, ему самому остается всего одна шестая часть прибыли. В этом случае половина прибыли принадлежит всецело обоим деятелям, хотя бы первый деятель и не употребил своего труда (по отношению к капиталу), потому что труд второго деятеля считается трудом первого. Это все равно, как если кто-либо нанимает другого сшить ему платье за один дирхам, а нанятое лицо закажет платье другому за полдиргама; хотя первый нанятый и не сделал сам работы, но он все-таки имеет право на прибыль в полдиргама, так как работа второго считается его собственной работою. Но если бы в рассматриваемом случае собственник сказал: «Какую бы выгоду Господь Бог ни послал тебе, пусть она будет между нами пополам», то второй деятель имеет право на одну треть, а остальное делится в равных частях меж-

ду собственником и первым деятелем, потому что собственник передает право распоряжения капиталом первому деятелю, выговаривая себе половину всей прибыли, могущей получиться от этого распоряжения; а так как по договору со вторым деятелем приращение к капиталу равняется двум третям прибыли, то эти две трети делятся поровну между собственником и деятелем.

Если собственник капитала говорит деятелю: «Я даю этот капитал, и какую бы прибыль ты ни получил от него, должен разделить ее между нами пополам», в то же время разрешает ему передавать капитал по договору музарабата, и если согласно сему деятель передаст капитал другому деятелю под условием дележа прибыли пополам, то половина прибыли идет в пользу второго деятеля, а другая половина делится поровну между собственником и первым деятелем, потому что последний согласился предоставить второму деятелю половину прибыли; и так как собственник уже до того дал свое согласие на это, то второй деятель получает право на половину прибыли. Но собственник выговорил себе половину прибыли, могущей возникнуть для первого деятеля, а им приобретает лишь половина всей прибыли (так как необходимо исключить половину, идущую в пользу второго деятеля), то отсюда следует, что эта половина должна быть разделена между ними.

Если собственник даст кому-либо капитал по договору музарабата под условием, чтобы половина приращения на капитал принадлежала ему или чтобы половина приращения была разделена между ним и деятелем, в то же время разрешает последнему передать капитал по договору музарабата другому лицу и, согласно сему, деятель передаст капитал под условием половины прибыли, то собственник имеет право на половину прибыли, а второй деятель — на другую половину; первому же деятелю не причитается ничего. Так как собственник выговорил себе вообще половину прибыли, то эта половина и поступает к нему; а так как первый деятель согласился дать половину (что составляет причитающуюся ему самому долю) второму деятелю, то половина эта и должна быть предоставлена последнему; отсюда, ему самому не причитается ничего; таким же образом, как если кто-либо наймет другого сделать ему плате за один дирхам и нанятый, в свою очередь, наймет другого для исполнения работы также за один дирхам, в каковом случае второй наемник имеет право на дирхам, а первому не причитается ничего. Так же и в рассматриваемом случае. Но если первый деятель согласился предоставить второму две трети прибыли вместо половины, то собственник вправе получить одну половину, а второй деятель — другую; первый же деятель должен из собственного имущества вознаградить второго в размере одной трети прибыли так, чтобы пополнить его часть до двух третей, ибо здесь первый деятель обязался перед вторым частью прибыли, составляющею право собственника, а посему в отношении собственника его соглашение не имеет значения. Если бы было иначе, то отсюда следовало бы, что условие, им же самим установленное, ничтожно; но не будет нисколько незаконным отнести упомянутое обязательство к нему самому, ибо оно относится к определенному и известному предмету, включенному в договор, который он был вправе заключить. Поэтому он становится ответственным за получение вторым деятелем двух третей, следовательно, обязанность уплаты таковых лежит на нем. Кроме того, он ввел второго деятеля в заблуждение относительно

предмета договора, что служит основанием к ответственности, то есть дает второму деятелю право обратного требования к первому таким же образом, как если бы кто-либо нанял другого сшить платье за дирхам, а этот, в свою очередь, наймет другого исполнить работу за полтора диргама, в каковом случае второй наемник имеет право получить полдиргама из имущества первого. Так и в рассматриваемом случае.

Раздел

В договоре может быть выговорена часть прибыли в пользу раба собственника. Если деятель выговорит одну треть прибыли в пользу собственника капитала, одну треть — в пользу его раба (под условием содействия в работе) и остальную треть — в свою пользу, то такое условие представляется законным независимо от задолженности раба, ибо владение раба действительно (особенно, когда он мазун, или привилегированный раб; в данном случае раб привилегирован, поскольку условие о совместной работе с деятелем делает его положение привилегированным; и ввиду того правила, что владение раба действительно, хозяин его не вправе взять у хранителя данную им последнюю вещь, хотя бы раб и не был привилегирован; и по тому же правилу хозяин может продать что-либо рабу, если только не привилегирован). Так как владение раба действительно, то отсюда следует, что условие о содействии его деятелю не противно необходимости передачи капитала¹ или различения между капиталом и деятелем; поэтому условие это действительно². Так как договор музарабата действителен, то одна треть прибыли идет в пользу деятеля и две трети — в пользу собственника капитала, ибо заработок раба составляет собственность его хозяина, если он не имеет долгов, а если имеет, то заработок этот составляет собственность кредиторов. Изложенное здесь учение предполагает тот случай, что хозяин, а не раб, заключил договор музарабата.

Но если раб вступает в такой договор за счет своего хозяина, то договор этот недействителен. Ибо если привилегированный раб вступает в договор музарабата с кем-либо, условившись, чтобы его хозяин содействовал деятелю в эксплуатации капитала, то договор недействителен, если только раб не имеет долгов, ибо в этом случае капитал составляет собственность хозяина³; так как выговорено, чтобы хозяин содействовал в эксплуатации капитала, то требуется, чтобы он вступил во владение таковым для этой цели; но владение собственника противоречит необходимости передачи капитала⁴. Если, однако, раб — несостоятельный должник, то договор дей-

¹ Рабу для оборота.

² Если бы раб не был способен владеть вещью, то отсюда следовало бы, что передача капитала рабу (для оборота) в действительности была бы равнозначна с возвращением его собственнику, хозяину раба; следовательно, договор не имел бы значения.

³ Если бы привилегированный раб имел долги, то переданный им деятелю капитал (вместе с другим его имуществом) составлял бы собственность его кредиторов.

⁴ Ибо так как имущество раба в действительности составляет собственность хозяина, то передача такового хозяину не имеет смысла.

вителен, так как в этом случае, по Абу Ханифе, хозяин находится в таком же положении, как постороннее лицо.

Глава III

ОБ УВОЛЬНЕНИИ ДЕЯТЕЛЯ И О РАЗДЕЛЕ ИМУЩЕСТВА

Договор прекращается смертью одной из сторон. Если собственник капитала или деятель умрет, то договор становится недействительным, ибо договор музарабата (как уже было объяснено) носит характер представительства; но представительство прекращается смертью представляемого или представителя, и наследование не имеет места по отношению к представительству.

Или вероотступничеством и выездом из отечества деятеля. Если собственник капитала отступит от веры и присоединится к чужой стране¹, то договор музарабата становится недействительным, ибо присоединение к чужой стране равносильно смерти (ввиду чего имущество такого лица делится между его наследниками). Если, с другой стороны, он не будет присоединен к другой стране, то действие заключенных его деятелем сделок приостанавливается (то есть если он снова станет мусульманином, то он вступает в силу); но если он умрет вероотступником, то он считается ничтожным (по Абу Ханифе), ибо заключенная его деятелем сделка (относительно капитала) все равно, что его собственная сделка, так как она заключена за его счет и в его пользу; а так как (по Абу Ханифе) действие сделок, заключенных вероотступником, приостанавливается, то равным образом приостанавливается действие сделок, заключенных его деятелем.

Если деятель отступит от веры, не оставляя отечества, то договор остается в силе. Если деятель отступит от веры, то договор все-таки продолжает существовать в прежнем виде, так как действие заключенных известным лицом сделок приостанавливается лишь вследствие временного устранения принадлежащего ему права собственности; но названный вероотступник не имеет никакого права собственности на капитал, данный по договору музарабата, так как он принадлежит собственнику; и поскольку право собственности последнего не устраняется, то договор остается в силе.

Все действия, совершенные деятелем до получения им надлежащего уведомления об увольнении, действительны. Если собственник капитала уволит деятеля и последний получит о том уведомление лишь после совершения им договоров купли и продажи, то договоры эти действительны, так как он действует в качестве представителя за счет собственника; а увольнение представителя, если оно добровольно и намеренно (то есть не составляет последствия известных фактов, например, смерти), воспринимает действие лишь после осведомления о нем представителя. Ибо увольнение есть запрещение действовать, а в деловых отношениях такие запрещения воспринимают

¹ По приговору казны.

силу лишь после осведомления о них, как в случаях предписаний и запрещений закона.

Деятель, будучи поставлен в известность о своем увольнении, вправе все-таки превратить то, что находится в его руках, в деньги. Если собственник капитала, состоявшего первоначально из дарагимов и динаров, уволит деятеля в то время, когда капитал этот был превращен в деньги, и деятель будет поставлен о том в известность, то он более не вправе пустить их в оборот, так как в том нет уже необходимости.

Если только капитал этот не состоит в монетах другого наименования, в каком случае он может превратить его в монеты того же наименования, к которому принадлежал первоначальный капитал. Автор «Хидои» замечает, что здесь закон имеет в виду тот случай, когда капитал превращается в монеты того же наименования, из которого он первоначально состоял. Но если он был превращен в монеты другого наименования (когда, например, капитал первоначально состоял из динаров, а теперь он превращен в дарагимы, и наоборот), то деятелю, по благосклонности закона, дозволяется продать его за те же монеты, из которых состоял первоначальный капитал, потому что деятель обязан возратить капитал, подобный первоначальному, что возможно лишь путем продажи находящегося в его руках за монеты того же наименования, как первоначальный капитал; а также потому, что прибыль не может быть удостоверена, пока остающийся у деятеля капитал не будет превращен во что-либо, подобное первоначальному капиталу. Здесь совершенно тот же самый случай, как если бы имущество состояло из движимых предметов. Следует заметить, что все изложенные здесь правила относительно увольнения деятеля применимы к случаю смерти собственника капитала. Так, если собственник умрет, деятель вправе продать полученный по договору музарабата капитал, когда таковой состоит из движимых предметов; но он не вправе купить что-либо на полученные таким образом деньги. Если, с другой стороны, капитал был превращен в дарагимы или динары, то он не вправе пустить их в оборот, если только монеты, в которые он превращен, соответствуют первоначальному капиталу; но если они различны, то он вправе превратить капитал посредством продажи в монеты того же наименования.

Если при прекращении договора капитал состоит в долгах, то деятель должен собрать их, когда была получена какая-либо прибыль. Если собственник и деятель расторгают договор и капитал в это время состоит в долгах других лиц, то в этом случае, когда была получена какая-либо прибыль, судья должен предписать деятелю получить долги, ибо он считается как бы наемником, а его прибыль — наемною платою. Но если никакой прибыли не было получено, то деятель не обязан собирать долги, ибо он только добровольный представитель и его нельзя принуждать к исполнению добровольно принятого обязательства (как, например, если кто-либо одарит другого без передачи подаренной вещи, в каком случае даритель не может быть принужден к такой передаче). Однако в этом случае следует предписать деятелю назначить собственника своим представителем для получения этих долгов, ибо, так как права по договору принадлежат договорившемуся лицу, то необходимо, чтобы он таким образом назначил собственника своим представителем, чтобы предупредить потерю его права. Имам Мухаммад в «Джами-ус-Сагире» замечает, что «деятелю следу-

ет предписать передать собственнику принадлежащее ему право иска к должникам», что также означает, что он должен назначить собственника своим представителем для получения долгов, ибо если бы такая передача была достаточна, то собственник неизбежно потерпел бы ущерб в случае неприсоединения должника к этой передаче. Следует заметить, что таково правило во всех случаях представительства. Так, если, например, представитель при продаже увольняется, то ему следует разъяснить, что он должен назначить своего доверителя представителем для получения долга указанным способом. Однако маклер обязан сам собрать долги, так как маклеры, по обычаю, получают за свой труд вознаграждение.

Всякая потеря на капитал вычитается из прибыли. Все, что теряется из данного по договору музарабата капитала, становится на счет прибыли, а не первоначального капитала, ибо ввиду того, что прибыль есть зависящее имущество, более целесообразно относить потерю к ней; таким же образом, как потеря в собственности, подлежащей закону, относится к тому, что изъято, а не к действительному нисабу, так как изъятое имущество есть принадлежность нисаба. Если потеря превышает прибыль, то ответственность не падает на деятеля, так как он есть лишь доверенное лицо.

Если прибыль разделяется до возвращения капитала, а затем капитал подвергнется какой-либо случайности, то деятель должен возратить полученную им часть прибыли. Если собственник капитала и деятель разделяют между собою прибыль, не прекращая силы договора, а затем будет утрачен весь капитал или часть его, то деятель должен возратить собственнику прибыль для возмещения ущерба, потому что раздел прибыли до возвращения капитала недействителен, так как прибыль не может быть установлена до возвращения собственнику капитала, ибо капитал есть главное, а прибыль — зависящее; а отсюда, когда то, что осталось в руках деятеля, утрачено или расстроено, то ввиду неответственности деятеля (который есть лишь доверенное лицо) полученное им и собственником раньше составляет капитал, следовательно, деятель ответствен за полученную им часть, и часть, полученная собственником, также засчитывается в капитал.

Деятель не ответствен за недочет. Если по получении собственником обратно всего капитала останется некоторый излишек, то таковой делится между ним и деятелем как прибыль; но если окажется недочет, то деятель не обязан пополнить его, так как он является лишь доверенным лицом.

Прибыль, полученная деятелем, ни в каком случае не входит в расчеты по новому договору, заключенному теми же сторонами. Если деятель и собственник, разделив между собою и получив прибыль, прекратят действие договора музарабата и вступят в новый договор музарабата, а затем капитал будет утрачен, то прибыль, полученная по первому договору, не подлежит возврату собственнику, потому что первый музарабат был осуществлен, а второй составляет новый договор. И утрата капитала по второму договору не может отразиться на первом; так же, как если бы собственник дал другое имущество, а не то, которое дано было деятелю по первому договору, в каковом случае, если бы упомянутое дополнительное имущество было потеряно, то это не влияет на договор. Так и в рассматриваемом случае.

*Глава IV***О ДЕЙСТВИЯХ, ЗАКОННО СОВЕРШАЕМЫХ ДЕЯТЕЛЕМ**

Деятель может продать капитал за наличные деньги или в кредит. Деятель вправе продать капитал за наличные деньги или в кредит, ибо эти действия составляют торговый оборот и, как таковой, входят в состав абсолютного договора. Однако срок кредита не должен быть длиннее обычного между купцами (например, длиннее десяти лет), так как деятелю дозволено лишь то, что в общем обычае или в обычае купцов. Поэтому он вправе купить животное для тяги, но он может только нанять судно, ибо таков обычай между купцами.

Согласно «Риваяти-Машхуру» деятель вправе дать привилегию для торговли рабу, купленному на капитале, так как это в природе торгового оборота.

Или доверить рабу управление им, или, продав его (капитал) за наличные деньги, согласиться на отсрочку платежа. Если деятель продаст часть капитала за наличные деньги, а затем согласится на отсрочку платежа, то, по мнению всех наших ученых, это законно. По имамам Абу Ханифе и Мухаммаду, потому, что так как представитель вправе согласиться на рассрочку, то деятелю, имеющему часть в прибыли, это право принадлежит и по давню (деятель, однако, не ответствен: так как он имеет право расторгнуть продажу и затем продать вещь в кредит, то, следовательно, отсрочка платежа законна; в противоположность представителю, который ответствен перед своим доверителем за цену проданной вещи, ибо он не вправе расторгнуть продажу и вновь продать вещь в кредит). По Абу Юсуфу, потому, что деятель вправе, если захочет, уничтожить продажу и снова продать вещь, в противоположность представителю, который не имеет права расторгнуть продажу.

Или дозволить покупщику перевести платеж на другое лицо. Если деятель продаст что-либо Заиду в кредит, а Заид с согласия деятеля переведет платеж цены на Омара, то это законно, независимо от того, богат ли Омар или беден, потому что переводы долгов в обычае между купцами. Другое дело, когда опекун соглашается на такой перевод в отношении имущества сироты-опекаемого, так как он не вправе принять за счет своего опекаемого перевод на неимущее лицо, потому что следует иметь в виду интерес сироты (ввиду чего власть опекуна ограничена тем, что в интересе опекаемого); а так как принятие перевода на неимущее лицо вредит интересам сироты, то оно недействительно.

Деятель вправе совершать акты, на которые он уполномочен договором. Действия музариба, или деятеля, — трех родов.

I. Те, на которые он уполномочен в силу абсолютного договора музарабата, со включением всех актов, соприкасающихся к договору музарабата и его принадлежностям. Таковы, например: представительство при покупке и продаже ввиду необходимости в этих актах; заклад, ибо он соприкасается с природой платежа или удовлетворения; поклада; наем; вверение путем бозаата и путешествие с капиталом.

Или в силу общей власти, данной ему собственником.

II. Такие акты, которые он не вправе совершать в силу абсолютного договора, но в силу общей власти, данной ему собственником, поступать по собственному усмотрению, включая и те акты, которые могут иметь отношение к договору музарабата и связь которых с этим договором считается установленною, если к тому представляется какое-нибудь основание. Таковы: передача капитала другому посредством музарабата, или товарищества, или смешение капитала с имуществом деятеля или другого лица, на каковые акты деятель не считается уполномоченным в силу одного лишь основания абсолютного договора музарабата, если какое-либо обстоятельство не дает основания предполагать связь между этим актом и договором, ибо предполагается, что собственник капитала желает иметь своим участником только деятеля, а не другое лицо, и эти акты не имеют характера торгового оборота (ибо этот оборот не зависит от упомянутых актов), следовательно, они не вытекают из содержания абсолютного договора. Но они все служат орудием получения прибыли, а потому могут быть допущены в договоры музарабата, когда к тому представляется некоторое основание; достаточным же к тому основанием служит предоставленная собственником деятелю власть «поступать по своему усмотрению».

Или такие, на которые он не уполномочен ни тем, ни другим способом.

III. Такие акты, которые деятель не вправе совершать ни в силу абсолютного договора, ни в силу общей власти, предоставленной ему собственником, так как они не в природе торгового оборота и не имеют вероятной связи с договором, но которые деятель может совершать в случае специального полномочия, данного собственником капитала. Эти акты называются истиа-данит¹. Таков акт покупки деятелем чего-либо взамен дарагимов и динаров после издержания всего капитала на покупку движимых предметов, в каковом случае сделка всецело относится к деятелю, который получает прибыль и несет убытки, вытекающие из такой сделки; или когда деятель истратит на покупку более суммы капитала, в каковом случае то, что равняется капиталу, считается относящимся к музарабату, а прибыль, убыток или долги, вытекающие из излишка, касаются исключительно деятеля; или когда капитал состоит из дарагимов и динаров, а деятель покупает что-либо взамен предметов, измеряемых весом, мерами емкости или протяжения: в этом случае, так как деятель производит покупку не на капитал, то на нее смотрят как на истиа-данит, и она всецело относится до деятеля, то есть, вытекающие из нее прибыль, убытки и долги касаются исключительно деятеля, а не собственника капитала. Причина этого заключается в том, что истиа-данит есть сделка относительно другого имущества, а не капитала; а так как представительство ограничивается капиталом, то, следовательно, деятель не вправе заключать такие сделки. Кроме того, имущество в этом случае превышает то, которое было предметом договора, на что не было согласия собственника; и хотя в таком излишке имущества есть выгода, но он не исключает возможности убытков и задолженности. Если, однако, собственник капитала дает согласие на истиа-данит, то вещь, которую деятель купил, разделяется между ним и собственником капитала

¹ Желание занять. В обыкновенном значении термин этот выражает долговые отношения, в которые кто-либо входит за свой или чужой счет.

в виде ширкат-ваджу, или товарищества на личном кредите, когда два товарища без капитала и труда покупают что-либо в кредит и продают, в свою очередь, купленный предмет. К третьему роду актов, дозволенных при музарабате, относится также взятие сифатжи, которая составляет вид истиа-данита, и дача сифатжи, которая имеет сходство с ссудою. Сифатжа означает передачу имущества другому в виде ссуды, а не поклажи, с тем, чтобы этот другой передал его одному из своих друзей; и цель ее заключается в том, чтобы избежать опасности пути. Равным образом отпущение на волю взамен имущества или без вознаграждения и договоры китабата относятся к третьему роду актов при музарабате, так как они не свойственны торговому обороту. То же самое следует сказать о дарении, ссуде и пожертвовании, которые суть безвозмездные акты.

Деятель не вправе заключать брачного договора между рабом и рабою (составляющими часть капитала). По имамам Абу Ханифе и Мухаммаду, деятель не вправе соединять браком раба и рабу, составляющих часть договорного капитала. Передают как мнение Абу Юсуфа, что он вправе выдавать замуж рабу, но не женить раба, так как выдача замуж рабы согласна с природою приобретения, ибо вследствие этого брака приобретает ее приданое и устраняются расходы на ее содержание. Имамы Абу Ханифа и Мухаммад рассуждают, что выдача замуж рабы не составляет торгового оборота, а договор музарабата включает в себе лишь акты, имеющие отношение к торговому обороту, почему здесь имеет место то же самое, как при сообщении рабу качества мукатаба или отпущении его на волю взамен имущества; в обоих этих случаях имеет место приобретение имущества, но так как ни один из них не относится к торговому обороту, то они не входят в договор музарабата. Так и в рассматриваемом случае.

Часть капитала, переданная деятелем собственнику в виде бозаата, продолжает составлять принадлежность капитала, данного по договору музарабата. Если деятель передает часть капитала музарабата собственнику как бозаат и он на эту часть совершит покупку и продажу, то она продолжает считаться принадлежностью капитала музарабата. Имам Зуфар говорит, что договор музарабата прекращается, потому что собственник в этом случае действует посредством того, что ему принадлежит, и он не может быть представителем деятеля в деле, которое он совершает посредством своей собственности. В данном случае следует допустить, что собственник взял обратно часть данного по договору музарабата капитала, вследствие чего договор музарабата недействителен, когда в нем выговорен труд собственника в момент его заключения. Доказательство наших ученых заключается в том, что после того, как капитал по договору был надлежаще передан деятелю, и он вступил во владение им, получив, таким образом, право употребления его, собственник вполне способен действовать в качестве представителя деятеля при эксплуатации капитала; а так как передача его путем бозаата равносильна установлению представительства, то отсюда следует, что (с этой точки зрения) нельзя признать, что собственник лишь получает обратно свой капитал. Другое дело, когда участие собственника в эксплуатации капитала с самого начала поставлено условием договора, так как это препятствует передаче ему капитала для эксплуатации, а также вступлению его во владение им. Другое также дело,

когда деятель передает собственнику капитал по договору музарабата, что незаконно, потому что такой договор есть договор товарищества в прибыли, получаемой от принадлежащего собственнику капитала и от труда деятеля. В рассматриваемом случае ничто из капитала не принадлежит деятелю, вследствие чего, если бы упомянутый акт был дозволен, то отсюда следовало бы, что как капитал, так и труд исходят от одной стороны; а это лишает договор силы.

Возражение. Передача его ввиду бозаата также лишает силы договор бозаата, так как он предполагает, что капитал доставляется одной стороной, а труд — другой; и если допустить это, то окажется, что и капитал, и труд исходят от одной стороны.

Ответ. Бозаат просто означает представительство; и так как деятель имеет власть вступать в сделки, то отсюда следует, что передача им капитала в виде бозаата есть установление представительства относительно предмета, на который он уполномочен.

Следует заметить, что, так как второй музарабат недействителен, то деятельность собственника по отношению к капиталу приписывается деятелю и потому первый музарабат сохраняет силу.

Расходы по содержанию деятеля не подлежат возмещению, если он не путешествует. Если деятельность музарабата происходит в его родном городе, то содержание его не ложится на капитал. Если, однако, он путешествует с капиталом, то расходы на пищу и одежду должны быть возмещены из капитала, равно как и плата за проезд (то есть деятель вправе купить или нанять на капитал животное для переездов), ибо ему причитается плата за его содержание вследствие указания ему определенного места для деятельности, подобно тому, как казий, исполняющий свои обязанности в известном месте, вправе получить вознаграждение из общественной казны, или подобно жене, имеющей право на содержание от мужа, так как она находится при нем. Деятель, пока он остается в родном городе, жительствоует там как дома, а не вследствие договора музарабата; но, отправляясь в путешествие, он действует вследствие договора и потому имеет право на содержание из полученного по договору капитала. Другое дело — наемник, который не получает на содержание, хотя бы путешествовал, так как он уже получает вознаграждение, именно — свое определенное жалованье, в каковом не было бы надобности, если бы он получал содержание из вверенного ему капитала. Между тем, деятель имеет право лишь на часть прибыли, но прибыль неопределенна (другими словами, возможно, что получится прибыль, но возможно также, что и не получится); поэтому, если бы деятель обязан был содержать себя на свои средства, то он мог бы потерпеть убыток. Другое также дело в случае недействительного музарабата, потому что здесь деятель имеет право на жалованье; иначе бывает также в случае бозаата, так как лицо, предпринимаящее эксплуатацию бозаата, дает свой труд безвозмездно и потому не имеет права на вознаграждение. Следует заметить, что если при возвращении деятеля в родной город у него останутся съестные припасы и платье, то он должен возвратить их для причисления к капиталу, так как право его на эти предметы прекращается с возвращением его в родной город.

На расстоянии не менее одного дня пути от постоянного его места жительства. Если деятель отправляется на расстояние, меньшее одного дня пути, то содержание его не относится на капитал, ибо, когда он отправляется на такое расстояние, что выехав утром, может возвратиться к вечеру и провести ночь в своей семье, то он считается не оставляющим своего места жительства. Если, однако, он отправляется на такое расстояние, что не может вернуться к вечеру того же дня, то расходы на его содержание возмещаются из капитала, так как он отсутствует по делу музарабата. Под нафака, или содержанием, подразумевается все то, что служит к удовлетворению наших ежедневных потребностей, каковы пища, питье, одежда; сюда же относятся наем прачки и других слуг и содержание животного для езды, а также покупка масла для помазания там, где это в общем обычае, как в Мекке. Деятелю не приличествует расходовать на эти предметы более того, что в обычае, так что, если он израсходует на свои нужды более того, что принято между купцами, то он ответствен за излишек. Однако лекарства, которыми пользуется деятель, по «Захири-Риваяту», должны приобретаться на его собственные средства. Передают, как мнение Абу Ханифы, что лекарства относятся к содержанию, ибо ими пользуются для сохранения здоровья; а так как больному невозможно заниматься торговлею, то расходы на лекарство относятся к содержанию. Доводы, приведенные по этому поводу в «Захири-Риваяте», заключаются в том, что необходимость содержания известна и определена. Лекарство, напротив, необходимо лишь в случае болезни; но так как болезнь иногда случается, а иногда и не бывает, то отсюда следует, что лекарство не составляет части содержания. Вследствие этого, хотя содержание жены лежит на обязанности мужа, но лекарства она должна покупать на свои средства.

И расходы эти удовлетворяются из прибыли, а не из капитала. Когда получится прибыль, то собственник прежде всего берет данный им капитал, а затем остаток делится между обеими сторонами по условию. Посему расходы на содержание деятеля покрываются из прибыли, а не из капитала, хотя бы деятель и истратил часть капитала на свое содержание.

Расходы по продаже капитала должны быть покрываемы из сего последнего. Если деятель продает движимое имущество для торгового оборота, то он должен отнести расходы по этой продаже (каковы плата носильщикам и маклерской куртаж) на счет капитала; но он не должен отягощать капитал расходом на свое содержание, ибо, по купеческому обычаю, первого рода расходы покрываются из капитала, но не расходы последнего рода, а также потому, что первые возвышают стоимость капитала, но не последние.

Все расходы на купленные предметы, не имеющие последствием придание им нового существенного качества, остаются на ответственности деятеля. Если деятель имеет в руках тысячу дарагимов, употребит их на покупку платья и израсходует сто дарагимов из собственного имущества на беление и перенесение платья, а собственник капитала предоставил ему действовать по усмотрению, то признается, что деятель действовал без уполномочия, так как он вводит собственника капитала в долг, а уполномочие действовать по усмотрению не заключает в себе разрешения на такое действие, как было объяснено выше. Если, с другой стороны, деятель в рассматри-

ваемом случае израсходует собственные сто дарагимов на окраску платья в красный цвет, то он становится участником в прибыли от окраски, ибо цвет есть существенное качество платья; отсюда, если платье будет продано, то деятель получает свою часть в прибыли от окраски, а также свою долю в платье, как не окрашенном, согласно договору музарабата, в противоположность случаю беления и перенесения, которые не придают нового существенного качества. Отсюда, если незаконный владелец выбелит платье, которым он овладел, без согласия собственника, и стоимость платья возрастет от беления, собственник все-таки вправе взять платье обратно без всякого вознаграждения; если незаконный владелец окрасит платье в красный или желтый цвет, то собственник не вправе взять его обратно без вознаграждения, но может, по своему выбору, взять платье, дав незаконному владельцу вознаграждение в размере разницы, происшедшей вследствие окраски, или получить вознаграждение в размере стоимости платья до окраски и оставить таковое незаконному владельцу. Следует заметить, что из того, что деятель стал участником в прибыли от окраски, не следует, что он ответствен в чем бы то ни было, так как данное ему собственником полномочие «действовать по усмотрению» заключает в себе право деятеля смешать свое собственное имущество с капиталом, данным ему по музарабату.

Раздел

Случай потери капитала после получения на него прибыли и образования долга.

Если деятель, имея в руках тысячу дарагимов, под условием дележа прибыли пополам купит, например, полотно на тысячу дарагимов, продаст его за 2000 дарагимов, снова купит раба за 2000 дарагимов и не уплатит денег за тот или другой предмет (то есть за полотно или за раба) до тех пор, пока 2000 дарагимов не погибнут в его руках, то собственник капитала должен уплатить пятьсот дарагимов, деятель столько же, и одна четверть раба принадлежит деятелю, а три четверти — к данному по музарабату капиталу. Автор «Хидои» замечает, что сказанное здесь вытекает из природы рассматриваемого случая. Уплата всей цены лежит на обязанности деятеля (так как он является стороною в договоре купли), но он все-таки вправе привлечь собственника капитала к ответственности в сумме пятисот дарагимов; посему собственник ответствен за пятьсот дарагимов (при конце сделки, а не при начале ее) по той причине, что когда капитал¹ был превращен в деньги, то на него оказалась прибыль, из которой пятьсот дарагимов — в пользу деятеля; следовательно, покупая раба за 2000 дарагимов, он покупает одну четверть его за свой счет и три четверти — за счет капитала музарабата; а после потери 2000 цена раба должна быть уплачена им, так как он заключил сделку; но он вправе привлечь собственника к платежу трех четвертей цены, потому что действовал в качестве представителя собственника при купле. Часть деятеля, составляющая одну четверть, отделяется от капитала музарабата, ибо целость ее гарантирована (то есть деятель обязан дать одну четверть цены продавцам платья или раба после потери капитала); капитал музарабата составляет поклажу; но га-

¹ Именно — полотно.

рантированное имущество не может быть в соединении с имуществом, вверенным в виде поклажи. Необходимо отделить часть деятеля; а три четверти раба остаются в капитале музарабат, ибо в них нет ничего несовместного с музарабатом. Таким образом, капитал возрастает до 2500 дарагимов, так как собственник сначала дал деятелю 1000 дарагимов, а затем 1500. Относительно того, что сказано выше, именно, что «одна четверть раба отделяется, а три четверти остаются в капитале музарабата», должно заметить, что применение этого правила имеет место, когда деятель продает раба, предположим, за 4000 дарагимов, ибо в этом случае капитал, составляющий 2500 дарагимов, должен быть вычтен из той части, которая принадлежит к музарабату и которая равняется 3000 дарагимов. Следовательно, остается прибыль в пятьсот дарагимов, подлежащая разделу между сторонами.

➤ **Случай продажи собственником деятелю.** Если деятель владеет тысячью дарагимов, собственник капитала покупает раба за пятьсот дарагимов и продает его деятелю за данный последнему капитал (именно — тысячу дарагимов), то считается, что деятель продал раба по договору музарабата за пятьсот дарагимов. Такая продажа действительна ввиду различия намерений сторон, так как намерение собственника капитала заключается в приобретении тысячи дарагимов и в продолжении договора музарабата; намерение же деятеля состоит в приобретении права владения рабом. Посему эта продажа законна, так как ею достигается намерение обеих сторон, хотя это есть продажа собственности, принадлежащей стороне, взамен имущества, принадлежащего ей же. Тем не менее, эта продажа имеет вид незаконности, так как раб фактически не перестает быть собственностью собственника капитала; а оходство имеет связь с действительностью во всех делах, требующих поручительства. Но поручительство требуется в продаже музарабата, так как она основана на доверии; посему при продаже музарабата принимается в расчет низшая цена, составляющая пятьсот дарагимов.

➤ **Или деятелем собственнику.** Если деятель, владея капиталом в тысячу дарагимов, купит раба на эту тысячу и продаст его собственнику капитала за тысячу двести дарагимов, то считается, что он продал его по договору музарабата, за тысячу сто дарагимов, так как названный договор в отношении половины прибыли (составляющей долю собственника) считается несуществующим.

➤ **Случай купли деятелем раба, который засим совершит убийство.** Если деятель получает тысячу дарагимов под условием дележа прибыли пополам, на эту тысячу купит раба, оцененного в две тысячи, и раб случайно убьет человека, то три четверти вознаграждения уплачиваются собственником капитала, а одна четверть — деятелем. Так как это вознаграждение составляет расход, связанный с правом собственности, то и доли его определяются сообразно долям участия в праве собственности. Но в данном случае собственность разделяется между сторонами на четыре части, из которых три принадлежат собственнику капитала и одна — деятелю, ибо по сведению капитала на один определенный предмет прибыль (именно — тысяча дарагимов) становится очевидною; а прибыль делится между сторонами поровну, и одна тысяча (первоначальный капитал) принадлежит собственнику капитала, тогда как стоимость раба — две тысячи. По уплате каждою стороною своей доли вознаграждения раб исключается

из капитала музарабата: часть деятеля — потому, что его ответственность действует данною частью, и эта часть не составляет уже поклажи в его руках, а капитал музарабата есть поклажа, как объяснено выше; часть собственника — потому, что после определения судьи о разделении между сторонами ответственности раб также разделяется между ними, а договор музарабата разрушается вследствие разделения капитала. Иначе разрешается случай, приведенный в начале этого отделения (когда две тысячи дарагимов утрачиваются в руках деятеля), ибо там три четверти, составляющие долю собственника капитала, не исключается из договора музарабата. Разница между этим случаем и ныне рассматриваемым обнаруживается в трех отношениях. I. В первом случае имеет место лишь торговая ответственность, а она не противоречит музарабату, ибо сам музарабат принадлежит к торговому обороту; между тем как мы имеем дело с ответственностью за правонарушение, а такая ответственность не принадлежит к торговому обороту. II. В первом случае деятель обязан уплатить всю цену, хотя он и имеет право обратного требования к собственнику капитала; посему в этом случае нет необходимости для раздела. III. Раб в случае правонарушения выходит из собственности обеих сторон вследствие правонарушения, и уплата ими за него вознаграждения имеет значение покупки его вновь. Поэтому он более не принадлежит к капиталу музарабата, но делится между сторонами на четыре части, работая на деятеля один день, а на собственника капитала — три дня, попеременно, в противоположность первому случаю.

Деятель, вступивший в сделку относительно какого-либо предмета и затем потерявший капитал, должен обратиться к собственнику за новым капиталом, чтобы получить возможность исполнить сделку. Если деятель получает тысячу дарагимов и на нее покупает раба, но медлит с платежом денег продавцу, и тысяча дарагимов утрачивается в его руках, то собственник капитала должен передать деятелю другую тысячу дарагимов; тогда капитал музарабата будет составлять две тысячи дарагимов. Так как капитал составляет лишь поклажу в руках деятеля, то нельзя допустить, что он надлежащим образом получил цену в силу передачи ему (тысячи дарагимов), ибо такое получение считается установленным только тогда, когда из него возникает ответственность. Но так как надлежащее получение деятелем цены не установлено, то отсюда следует, что он вправе, даже несколько раз, получить цену у собственника капитала; то есть если он получит цену от собственника и она снова утратится в его руках, то он может опять получить ее от него; и так далее, до тех пор, пока требование продавца не будет удовлетворено. И все то, что собственник таким образом передает деятелю, становится капиталом. Другое дело, когда представителю поручается купить определенного раба за одну тысячу определенных дарагимов, когда доверитель передает стоимость раба представителю до покупки, а деньги утратятся после покупки; в этом случае представитель может только однажды взять цену раба от доверителя, так как возможно допустить, что он уже однажды получил эту цену от своего доверителя, потому что представительство не только не препятствует ответственности, но прямо предполагает ее, когда, например, собственник поручает незаконному владельцу продать находящуюся в незаконном владении вещь. Следует заметить, что в случае представительства, как здесь изложено, представитель может обратить-

ся с требованием к доверителю только раз. Если бы, однако, представитель сперва совершил покупку, а затем получил от доверителя цену купленного, то он впоследствии вовсе не может обращаться с требованием платежа к доверителю, ибо, так как представитель получает право требования к доверителю в момент покупки, то отсюда следует, что принятие им цены после возникновения права на нее есть полное осуществление этого права. Посему считается, что он надлежащим образом получил цену ввиду принятия ее после покупки. Напротив, то, что доверитель передает представителю до покупки, составляет лишь поклажу в его руках, и таковою же оно остается и после покупки, ибо в этом случае не обнаруживается ни одного основания к ответственности даже после покупки. Посему не считается, что представитель получил надлежащим образом цену; следовательно, после утраты ее он может снова получить ее от покупателя; но если цена эта опять будет утрачена, то он уже не может вторично обратиться к покупщику, ибо здесь имело место надлежащее получение.

Глава V

О СПОРАХ МЕЖДУ СОБСТВЕННИКОМ КАПИТАЛА И ДЕЯТЕЛЕМ

В спорах относительно приобретения прибыли на существующий капитал следует верить заявлению деятеля. Если деятель имеет две тысячи дарагимов и говорит собственнику капитала: «Ты вверил мне одну тысячу, и одна тысяча выросла в виде прибыли», а собственник возразит: «Я вверил тебе две тысячи», — то следует верить заявлению деятеля. Абу Ханифа был сперва того мнения, что следует принимать в расчет заявление собственника; и таково учение имама Зуфара, потому что деятель здесь является истцом, требующим свою часть в прибыли, а собственник — ответчиком, оспаривающим иск; верить же следует заявлению ответчика. Впоследствии Абу Ханифа, однако, отказался от своего мнения и допустил, что следует придавать веру заявлению деятеля, потому что спор касается полученной суммы, а в этом отношении следует верить заявлению получателя, будет ли он поклажеприниматель или иное лицо, так как ему лучше всех известно, что он получил.

Но в спорах относительно доли участия в прибыли — заявлению собственника. Если стороны спорят не только относительно суммы капитала, но и относительно доли участия в прибыли, причем деятель утверждает, что она подлежит разделу пополам, а собственник — что она должна быть разделена на три части, из которых две на его долю и одна — на долю деятеля, то следует верить заявлению собственника, ибо здесь отыскивает прибыль в силу условия, клонящегося к ущербу собственника; поэтому следует верить заявлению последнего. Но если одна из сторон представит доказательства, то следует принять заявление этой стороны, подкрепленное доказательствами.

Равно как и в спорах относительно существа договора, по которому капитал был передан деятелю. Если кто-либо, имея в руках тысячу дарагимов, говорит: «Такое-то лицо вверило мне их по договору музарабата под условием дележа прибыли пополам», а лицо это заявит: «Я дал ему тысячу дарагимов в виде бозаата», то следует ве-

рить заявлению собственника, ибо деятель в этом случае является истцом, так как он или требует от собственника вознаграждение за услуги, или утверждает существование условия в ущерб собственнику, или свое право участия в прибылях, каковые требования и заявления собственником оспариваются.

Если лицо, имеющее в своих руках принадлежащую другому тысячу дарагимов, утверждает, что «эта тысяча была дана ему взаймы этим другим», а последний заявит, что «он вручил ему таковую в виде бозаата, поклажи или музарабата», то или следует верить заявлению собственника, или получивший деньги должен представить доказательства, потому что он утверждает, что получил деньги по займу, каковое обстоятельство собственник отрицает.

Если собственник заявляет о существовании ограничения, то следует верить отрицанию деятеля. Если собственник капитала заявляет против деятеля об ограничении его известным родом торговых действий, утверждая, например, что «он предписал ему торговать только платьем, а не другими товаром», то следует верить заявлению деятеля, подкрепленному присягою. Так как договор музарабата по существу своему абсолютен, а ограничен он может быть лишь по особому соглашению, то отсюда следует, что должно верить заявлению стороны, утверждающей, что никаких изменений в характере договора не последовало. Другое дело — в представительстве, ибо существо его заключается в ограничении.

Но если обе стороны утверждают существование ограничений, но различных, то следует верить заявлению собственника. Если собственник заявляет об ограничении известным родом торговли, а деятель — об ограничении другим родом торговли, то следует верить заявлению собственника, ибо здесь обе стороны согласны в том, что договор ограничен, и заявление собственника клонится к его ущербу. Следует верить или этому заявлению, или приведенным деятелем доказательствам, ибо деятель для ограждения себя от ответственности должен представить доказательства; но собственник капитала не имеет надобности в доказательствах.

В спорах, касающихся ограничения временем, предпочтение отдается доказательствам, устанавливающим позднейший срок. Если собственник ссылается на ограничение относительно времени и представит доказательства, деятель же утверждает, что ограничение относилось к другому времени, и также представит доказательства, так что собственник утверждает, что «он вверил ему (деятелю) одну тысячу дарагимов по договору музарабата на предмет покупки пшеницы в месяце рамазан», а деятель — что «он (собственник) дал ему тысячу дарагимов на предмет покупки пшеницы» в месяце шавал, то следует отдать предпочтение доказательствам, устанавливающим позднейший срок, потому что позднейшее условие уничтожает прежде выговоренное условие.

КНИГА XXVIII

О ВАДИА, ИЛИ ПОКЛАЖЕ

Определение терминов, употребительных в поклаже. Вадиа на языке закона обозначает лицо, уполномочивающее другого взять его имущество. Собственник вещи называется моди, или поклажедатель; лицо, таким образом уполномоченное, — маудаг, или поклажеприниматель, а имущество, отданное на хранение, — вадиат, потому что вадиа буквально означает «оставить», а упомянутая вещь оставляется у маудага, или поклажепринимателя.

Поклажеприниматель не ответствен за поклажу, если не учинит относительно нее правонарушения. Поклажа остается в руках лица, у которого она оставляется, по доверию, то есть оно не отвечает за нее. Посему, если поклажа будет утрачена в руках поклажепринимателя без всякого правонарушения с его стороны, то он не ответствен за нее, потому что Пророк сказал: «Честный хранитель не ответствен». Люди имеют нужду в поклаже, а нужда эта не могла бы быть удовлетворена, если бы на хранителях лежала ответственность, так как никто не захотел бы принять поклажу.

Он может сам принять поклажу или поручить заботу о ней одному из своих домочадцев. Поклажеприниматель может или сам принять поклажу, или назначить для этой цели одного из членов своей семьи, например, жену, сына, мать или отца, ибо очевидно, что хранитель не обязан иметь относительно чужого имущества более забот, чем относительно своего; а он иногда сам хранит свое имущество, иногда поручает заботу о нем одному из членов своей семьи. Притом же существует положительная необходимость в предоставлении поклажи своей семье, так как поклажеприниматель не может постоянно оставаться дома или, выходя из дому, брать поклажу с собою. По этой причине подразумевается, что согласие поклажедателя на передачу вещи хранителю распространяется и на семью последнего.

Но если он поручит заботу о ней чужому, то он становится ответственным. Но если поклажеприниматель поручит вещь кому-либо другому, кроме членов своей семьи (например, когда он наймет кого-либо, не принадлежащего к его семье, для хранения вещи или отдаст ее на хранение чужому лицу), то он ответствен, так как существует разница в заботливости разных лиц, и собственник вверил вещь его заботливости, а не заботливости другого лица. Кроме того, вещь не заключает в себе подобной же вещи, а потому поклажеприниматель не может избрать другого поклажепринимателя, так же, как представителю не дозволено назначить другого представителя. (По семьею здесь разумеется совокупность лиц, живущих вместе с поклажепринимателем.)

лем и содержание которых лежит на его обязанности, или наоборот, как например, жена или взрослый сын).

Равно как и тогда, когда он поместит ее в принадлежащем другому месте. Если поклажеприниматель поместит поклажу в место хранения, принадлежащее другому, то он становится ответственным за нее, ибо помещение ее в чужом месте хранения равносильно отдаче ее на хранение чужому лицу. Другое, однако, дело, если он наймет это помещение; в этом случае считается, что вещь не выходит из его хранения, а потому здесь не возникает ответственности.

Он не ответствен, если передаст ее в чужое владение ради сохранения ее от гибели. Если дом поклажепринимателя загорится и он передаст поклажу своему соседу или если, находясь в тонущей лодке, перебросит поклажу в другую лодку, то он не ответствен, так как действовал лишь ради сохранения поклажи, следовательно, согласно с желанием собственника. Но в этом случае заявлению поклажепринимателя следует верить лишь тогда, когда оно подтверждено свидетелями, так как после возникновения основания к ответственности он возражает указанием на необходимость, устраняющую ответственность; а потому здесь тот же случай, как если бы он возразил, что собственник уполномочил его передать поклажу другому лицу.

Он становится ответственным в случае отказа возвратить поклажу по требованию. Если собственник потребует поклажу от хранителя, а последний, имея возможность возвратить ее, замедлит с возвращением, то он становится ответственным за нее, так как промедление его или отказ в возврате при возможности возврата есть правонарушение. Причина здесь та, что требование собственника ясно указывает, что он не согласен на дальнейшее удержание хранителем вещи, и потому является увольнением хранителя. Посему хранитель ответствен в случае удержания владения после требования собственника.

Если он смешает поклажу неразделимо с собственным имуществом, то он должен вознаградить собственника. Если поклажеприниматель смешает поклажу с собственным имуществом так, что отделение одного от другого станет затруднительным, то он должен дать соответствующее вознаграждение, а собственник (по Абу Ханифе) не имеет права на участие в смешанном имуществе, будут ли смешаны однородные имущества (например, молоко с молоком, пшеница с пшеницею) или неоднородные (например, конопляное масло с оливковым или пшеница с ячменем). Оба ученика утверждают, что когда смешаны однородные нежидкие предметы (например, пшеница с пшеницею), то собственник по своему выбору может получить часть в смешанном имуществе или вознаграждение за поклажу, ибо, хотя для собственника невозможно абстрактно осуществить свое право, но для него возможно осуществить его фактически, посредством раздела, так как относительно всех предметов, измеряемых мерами веса и емкости, передача посредством раздела равносильна передаче самого предмета, по мнению всех наших ученых. Отсюда ясно, что смешение в рассматриваемом случае есть разрушение в одном отношении, но не есть разрушение в другом отношении, и что, следовательно, поклажедатель имеет право выбора между получением вознаграждения в силу того, что смешение есть разрушение, и участием в смешанном имуществе — в силу того, что смешение не есть разрушение. Абу Ха-

нифа доказывает, что смешение является во всех отношениях разрушением, так как отнимает возможность вернуть собственнику вещь в первоначальном ее виде. Что же касается мнения обоих учеников о том, что «для собственника возможно фактически получить свое имущество посредством раздела», то следует возразить, что собственник не может получить действительное свое имущество посредством раздела. Притом же раздел установлен из-за необходимости лишь как полезное учреждение в случаях товарищества. Посему раздел есть только последствие товарищества и не может быть причиной его, ибо иначе главное стало бы зависящим, а зависящее — главным. Результатом этого разногласия является то, что если собственник освобождает поклажепринимателя, смешавшего имущества, говоря ему: «Я освобождаю тебя от вознаграждения, которое ты обязан дать за смешение», то в этом случае, по Абу Ханифе, право его совершенно погашается, так как право собственника ограничено вознаграждением, от которого он отказывается, между тем как, по мнению обоих учеников, принадлежащее собственнику право выбора вознаграждения прекращается вследствие освобождения от него поклажепринимателя и превращается в право участия в смешанном имуществе, ибо, хотя вследствие освобождения право выбора прекращается, но предмет собственности продолжает существовать. Следует заметить, что смешение различных жидкостей (например, конопляного масла с оливковым) разрушает право собственника на участие в смешанном имуществе, оставляя за ним лишь право на вознаграждение, по мнению всех наших ученых, так как такое смешение есть разрушение не только абстрактно, но и фактически, ибо раздел в этом случае невозможен вследствие различия смешанных предметов. Сюда же относятся, согласно «Риваяти-Сахиха», все случаи примеси различных нежидких предметов, когда разделение их затруднительно, например, смешение ячменя с пшеницей. В случаях, когда отделение смешанных предметов требует судебного рассмотрения или представляется затруднительным (например, когда смешаны дарагимы, предварительно расплавленные), то право собственника на самый предмет прекращается, и он получает право на вознаграждение, согласно упомянутому мнению Абу Ханифы. Абу Юсуф полагает, что в этом случае меньшее подчиняется большему (так как, по его учению, следует обращать внимание на превосходство) и что посему лицо, владевшее большей долей имущества, становится собственником всего и обязано вознаградить другое лицо за стоимость его доли. С другой стороны, имам Мухаммад утверждает, что собственник поклажи в обоих случаях становится участником смешанного имущества вместе с поклажепринимателем, потому что, по его учению, один род имущества не может иметь превосходства над тем же родом имущества.

Если смешение произойдет случайно, то собственник становится участником во всем имуществе в соответствующей части. Если поклажа будет смешана с имуществом поклажепринимателя не по воле последнего, а случайно (например, когда мешок, содержащий поклажу, и другой мешок, содержащий собственность поклажепринимателя, будут опрокинуты и содержимое в них смешается), то в этом случае поклажеприниматель и собственник поклажи становятся совладельцами смеси, и первый не ответствен за вознаграждение, так как он не совершил действия, влекущего ответственность. По мнению всех наших ученых, они становятся совладельцами смеси.

Если поклажеприниматель израсходует часть поклажи и пополнит недостаток путем смешения и собственным имуществом, то он ответствен за целое. Если поклажеприниматель израсходует часть поклажи, а затем достанет имущество, подобное израсходованному, и смешает его с оставшеюся частью так, что отделение будет затруднительно, то он ответствен за всю поклажу, потому что израсходованная часть составляет его долг, который он не иначе может погасить, как в присутствии собственника. Посему, если он смешает свое собственное имущество с остатком поклажи, то он фактически разрушает этот остаток.

В случае превышения власти относительно поклажи хранитель ответствен до тех пор, пока длится правонарушение. Если поклажеприниматель превысит свою власть относительно поклажи, обратив ее в свою пользу (например, употребив животное в езду, или раба в работу, или надев платье) или поручив ее чужому лицу, а затем прекратит пользование вещью или получит ее обратно от чужого лица, то ответственность его после того прекращается. Имам Шафии утверждает, что он не освобождается от ответственности, потому что договор поклажи прекращается непосредственно после возникновения ответственности, так как ответственность и поклажа несовместимы. В этом случае поклажеприниматель не может быть освобожден, пока не возвратит вещи собственнику. Наши ученые доказывают, что приказ собственника хранить имущество продолжается, так как он не был ограничен известным временем; в этом случае подразумевается, что собственник вообще желал, чтобы поклажеприниматель хранил имущество, не ограничивая хранение известным временем. Так как сила приказа продолжается, то отсюда следует, что поклажеприниматель по прекращении правонарушения снова становится хранителем, потому что предметом договора являлось сохранение вещи. Кроме того, действие договора было приостановлено только ввиду нарушения его, посему, когда нарушение это устранено, то действие договора возобновляется; таким же образом, как если кто-либо нанимает другого сторожить имущество в течение месяца и нанятое лицо некоторую часть месяца не будет сторожить, в каковом случае он имеет право на жалованье соответственно числу дней, в течение которых сторожил. Что же касается мнения имама Шафии, что «поклажеприниматель не может быть освобожден от ответственности, пока не возвратит вещи собственнику», то следует заметить, что так как первоначальное распоряжение остается в силе, а поклажеприниматель прекращает нарушение, то происходит восстановление владения его поклажею, причем он является доверенным лицом собственника; а так как восстановление это равносильно возвращению вещи собственнику, то он (поклажеприниматель), следовательно, не ответствен ввиду разрушения.

Если поклажеприниматель на требование собственника отрицает поклажу, то он ответствен в случае ее утраты. Если собственник поклажи требует ее от поклажепринимателя, последний отрицает поклажу, а затем таковая будет утрачена, то поклажеприниматель ответствен. Поклажедатель, предъявляя свое требование, увольняет поклажепринимателя от его обязанности; отсюда следует, что поклажеприниматель, удерживая вещь после такого требования, является незаконным владельцем и, следовательно, ответствен. Равным образом, если после отрицания поклажепринима-

тель признает поклажу, то он все-таки не освобождается от ответственности, потому что договор предварительно был устранин ввиду того, что требование поклажедателя о возврате вещи равнялось расторжению договора с его стороны, а отрицание поклажи равнялось расторжению договора со стороны поклажепринимателя таким же образом, как отрицание представительства со стороны представителя или продажи — со стороны продавца или покупателя есть расторжение ими договора. Но если с обеих сторон имеет место расторжение, то договор, к которому оно относится, устраняется и не может быть впоследствии возобновлен, а может быть лишь вновь заключен, чего в данном случае нет. Посему нельзя подразумевать восстановления владения со стороны представителя собственника. Другое дело, когда поклажеприниматель превышает свое полномочие, а затем прекратит это нарушение и будет сообразоваться с поручением, ибо в этом случае имеет место восстановление владения на стороне доверенного лица собственника.

Но он не ответствен, если отрицание последовало на требование постороннего лица. Если поклажеприниматель отрицает поклажу перед посторонним лицом, а не перед собственником, то он не ответствен, по мнению Абу Юсуфа (противоположному мнению имама Зуфара), потому что такое отрицание может иметь целью сохранение поклажи. Кроме того, поклажеприниматель не может освободить себя от своих обязанностей иначе, как в присутствии поклажедателя или при истребовании последним поклажи. Посему поручение хранить имущество остается в силе, в противоположность тому случаю, когда отрицание последовало перед собственником.

Поклажеприниматель вправе взять поклажу с собою в путешествие. Поклажеприниматель, по Абу Ханифе, вправе взять поклажу с собою в путешествие, хотя это сопряжено с расходами на перевозку и т.п. Оба ученика утверждают, что ему не дозволяется брать с собою поклажу, когда это сопряжено с расходами. С другой стороны, имам Шафии утверждает, что это не дозволено ни в том, ни в другом случае, потому что он понимает поручение хранить имущество в обыкновенном смысле слова «хранить», именно — в смысле хранения в городе, таким же образом, как если одно лицо нанимает другое для сбережения имущества в течение известного времени, в каком случае нанятое лицо не вправе путешествовать с имуществом, а если поступит так, то становится ответственным за это имущество. Абу Ханифа доказывает, что данное собственником поручение хранить имущество безусловно и неограниченно и что поле есть место хранения, если только путь безопасен; ввиду чего отцу или опекуну дозволено путешествовать с имуществом опекаемого. Оба ученика рассуждают, что в случае путешествия, когда необходимы расходы на перевозку, то расходы эти ложатся на поклажедателя; а так как возможно, что он не согласится на них, то поручение его хранить имущество должно быть в этом случае ограничено городом. На это следует ответить, что то обстоятельство, что издержки передвижения падают на собственника, не имеет никакого значения, так как это может быть необходимо для сохранения его имущества и для исполнения его поручения. На мнение имама Шафии должно ответить, что хотя большинство предметов находится в городах, но хранение и сохранение их не ограничено одними городами, а равным образом распространяется и на местности вне города, так как жители последних мест,

по необходимости, должны хранить свое имущество вне города. Кроме того, перемещение поклажи иногда должно быть желательно для собственника, когда, например, перемещение происходит из города, находящегося в опасности, в другой город или в город, в котором живет собственник. Но так как хранение предмета вообще не ограничено городами, то отсюда следует, что поручение хранить не ограничивается известным городом. Другое дело — в случае найма для хранения, так как наем есть возмездный договор, который требует передачу предмета договора (именно — хранения) в том месте, где договор заключен.

Если только договор безусловен, путь безопасен и путешествие необходимо. Следует заметить, что этот случай предполагает, что договор безусловен, путь, по которому направляется поклажеприниматель, безопасен и путешествие необходимо. Если путь опасен или путешествие не необходимо, то поклажеприниматель ответствен, по мнению всех наших ученых. Также, если путешествие не необходимо и поклажеприниматель путешествует со всем своим семейством, то он не ответствен; но если при отсутствии необходимости в путешествии он оставит свою семью, то становится ответственным, так как он обязан был оставить поклажу в своей семье.

Разве таковое положительно запрещено. Если собственник положительно запрещает поклажепринимателю вывозить поклажу из города, а он, тем не менее, вывезет таковую, то становится ответственным, так как такое запрещение действительно, ибо хранение поклажи в городе предпочтительно.

В случае учинения поклажи двумя лицами поклажеприниматель не может передать одному из них его часть иначе, как в присутствии другого. Если два лица дают третьему вещь на хранение и один из поклажепринимателей затем явится и потребует свою часть поклажи, то, по Абу Ханифе, поклажеприниматель не должен передать таковую иначе, как в присутствии другого поклажедателя. Оба ученика утверждают, что поклажеприниматель должен передать требующему его долю; и то же самое говорится в сборнике Кудури. В «Джами-ус-Сагире» сказано, что если трое отдадут тысячу дарагимов на сохранение известному лицу и затем двое из них исчезнут, то, по Абу Ханифе, третий не вправе получить свою долю; но, по мнению обоих учеников, он вправе взять ее. (Следует заметить, что это различие во мнениях относится лишь к предметам, измеряемым мерами веса и емкости). Оба ученика рассуждают, что поклажедатель требует лишь свою долю, а потому вправе получить ее, если это фактически возможно, так же, как и соучастник в долговой претензии. Абу Ханифа доказывает, что явившийся поклажедатель, требуя свою долю, неизбежно требует раздела с отсутствующими, между тем как право его неопределенно. Если одно право нераздельно соединено с другим, то оно может быть осуществлено отдельно лишь посредством раздела; но поклажеприниматель не имеет власти учинять раздел; а посему, если бы он отдал требующему его долю, то это ни одним из наших ученых не считалось бы разделом. Другое дело — соучастие в долговой претензии, потому что наличный кредитор требует от должника передачи принадлежащей ему части, каковая передача может иметь место без раздела, так как погашение долга происходит посредством передачи не тех же самых, а подобных предметов. Что касается мнения обоих учеников, что «поклажедатель вправе получить свою долю, когда это факти-

чески возможно», то на это можно ответить, что отсюда не следует, чтобы на поклажепринимателе, в силу изложенного, лежала какая-либо обязанность; таким же образом, как если, например, одно лицо дает на сохранение тысячу дарагимов другому лицу, которое должно тысячу дарагимов третьему лицу: хотя в этом случае кредитор вправе получить должное ему, где это фактически возможно, но поклажеприниматель не вправе удовлетворить его полученными на хранение дарагими.

Если два лица берут на сохранение делимую вещь, то каждый должен хранить половину. Если кто-либо дает на сохранение двум лицам делимый предмет, то ни один из поклажепринимателей не вправе предоставить хранение всего предмета другому, но они должны разделить его и каждый удержать половину, тогда как, если бы предмет был неделимый, то каждый из них мог бы, с согласия другого, взять для хранения весь предмет. Таково учение Абу Ханифы и таков же, по его мнению, закон в том случае, когда неделимая вещь отдается в заклад двум лицам: в этом случае одно из них, с согласия другого, может удержать владение вещью; и то же самое в случае, когда два представителя уполномочены что-либо купить и вместе получили покупную цену, ибо и в этом случае один из представителей, с согласия другого, может удержать всю сумму. Оба ученика утверждают, что одно из лиц вправе удержать все переданное им, с согласия другого, в обоих случаях. Так как собственник выразил свое доверие к честности обоих, то каждый из них вправе передать поклажу другому, не становясь ответственным, таким же образом, как если бы поклажа была неделима. Абу Ханифа доказывает, что собственник согласился на передачу поклажи обоим вместе, а не одному из них, потому что акт хранения, когда он относится к делимому предмету, применяется лишь к части предмета, а не к целому. Посему передача всего предмета одним поклажепринимателем другому совершается без согласия собственника, следовательно, сторона, учиняющая таковую передачу, ответственна. Но получатель не ответствен, так как (по его учению) поклажеприниматель поклажепринимателя не подлежит ответственности. Другое дело, когда поклажа неделима, ибо, если такого рода предмет отдан на хранение двум лицам, то для них невозможно в каждый час дня и ночи совместно хранить поклажу, если не установлена очередь, а поэтому согласие собственника, относящееся к целому, по необходимости распространяется на каждую из них.

Ограничения не принимаются во внимание, если они противны обычаю или добрым правам. Если собственник поклажи говорит поклажепринимателю: «Не передавай поклажи своей жене», а он, тем не менее, передаст ее своей жене, то становится ответственным. В «Джами-ус-Сагире» говорится, что если собственник запрещает поклажепринимателю передать поклажу кому-либо из его семьи, а он тем не менее передаст ее члену своей семьи вследствие неизбежной необходимости, то не отвечает за передачу, как, например, когда поклажу составляет животное и собственник запрещает поклажепринимателю передать имущество рабу; или когда поклажу составляет вещь, обыкновенно поручаемая заботливости женщин, а собственник запрещает передачу этой вещи одной из его жен. Автор «Хидои» замечает, что так как первое положение абсолютно, а положение, приведенное в «Джами-ус-Сагире», ограничено, то и первое должно быть понимаемо ограничительно по той причине, что невоз-

можно сохранение вещи с соблюдением условия, которое посему ничтожно. Но если бы поклажеприниматель действовал не по необходимости, как, например, если бы поклажеприниматель, имея двух рабов или двух жен, получил от собственника приказ не передавать поклажи одной из жен или одному из рабов, а поклажеприниматель тем не менее передаст поклажу этой жене или этому рабу, то он становится ответственным, так как условие в этом случае полезно, потому что некоторые члены семьи могут не заслуживать доверия; и так как сохранение поклажи возможно при соблюдении условия, то оно действительно.

Или относятся к известной комнате дома. Если собственник говорит поклажепринимателю: «Храни поклажу в этой комнате сарая», а он будет хранить ее в другой комнате того же сарая, то он не ответствен, так как условие было бесполезно, ибо нет разницы между хранением в разных комнатах одного и того же сарая. (Если, напротив, он стал бы хранить поклажу в другом сарае, то он ответствен; так как различие сараев производит различие в хранении, следовательно, ограничение действительно). Если, однако, существует очевидная разница между двумя комнатами одного и того же сарая (например, когда комната, в которой хранение запрещено, полна отверстий и щелей), то условие действительно и поклажеприниматель становится ответственным в случае хранения вещи в этой комнате.

Когда поклажа передана второму поклажепринимателю и утеряна, то собственник получает вознаграждение от первого поклажепринимателя. Если одно лицо передает другому что-либо на хранение и этот другой, в свою очередь, передаст поклажу третьему лицу, который утратит ее, то собственник поклажи, по Абу Ханифе, должен получить вознаграждение от первого поклажепринимателя, а не от второго. Оба ученика утверждают, что собственник волен получить вознаграждение от первого или второго поклажепринимателя, и если он получит таковое от первого, то этот не вправе требовать вознаграждения от второго; но что, если собственник получит вознаграждение от второго поклажепринимателя, то этот последний вправе требовать вознаграждения от первого. Оба ученика рассуждают, что второй поклажеприниматель получил поклажу от лица, которое само стало ответственным¹, а потому и он ответствен таким же образом, как лицо, принимающее поклажу от незаконного владельца; то есть если незаконный владелец отдаст кому-либо на сохранение вещь, которою он незаконно завладел, и она будет утеряна поклажепринимателем, то собственник волен получить вознаграждение или от незаконного владельца, или от поклажепринимателя; так же и в рассматриваемом случае. Причина этого та, что, так как собственник поклажи не дал согласия на вторичную поклажу, то первый поклажеприниматель превысил свое полномочие; второй поклажеприниматель виновен в правонарушении, принимая поклажу без согласия собственника. Посему собственнику принадлежит право выбора в получении вознаграждения от того или другого. Если, однако, он получит вознаграждение от первого поклажепринимателя, то этот последний не вправе требовать вознаграждения от второго, потому что, уплачивая

¹ Вследствие нарушения договора поклажи.

вознаграждение, он становится собственником, что делает второго законным поклажепринимателем; а законный поклажеприниматель не ответствен за поклажу. Если, напротив, собственник получит вознаграждение от второго поклажепринимателя, то этот последний имеет право на вознаграждение от первого, потому что, не будучи законным поклажепринимателем, он должен быть рассматриваем лишь как представитель первого поклажепринимателя по хранению, а как таковой он вправе получить вознаграждение за всякий понесенный им ущерб, соединенный с представительством. Абу Ханифа рассуждает, что второй поклажеприниматель получил вещь из рук поклажепринимателя, а не ответственного лица, так как первый поклажеприниматель становится ответственным не ранее потери владения вторым поклажепринимателем, ибо, пока вещь находится при нем, предполагается, что знание и умение первого поклажепринимателя применяются к хранению поклажи. Кроме того, предполагается, что собственник согласен на всякий род хранения по усмотрению поклажепринимателя; но так как усмотрение это продолжается, то отсюда следует, что правонарушение отсутствует. После того, как вещь потеряна поклажепринимателем, первый поклажеприниматель считается не исполнившим принятую на себя обязанность, и потому ответствен. С другой стороны, второй поклажеприниматель остается в прежнем положении, то есть владение его есть владение доверенного лица в конце так же, как и в начале; а так как он не виновен в каком-либо правонарушении, то и не ответствен за поклажу так же, как если ветром занесет платье к соседу, и оно затем будет испорчено, в каковом случае лицо это не ответственно.

Случай иска, заявленного двумя лицами о деньгах, находящихся во владении третьего лица. Если два лица, каждое отдельно, требуют тысячу дарагимов, находящихся во владении третьего лица, причем каждое утверждает, что оно дало ему тысячу на хранение, а владелец оспаривает иск, но отказывается принять присягу, то тысяча дарагимов должна быть разделена между обоими истцами, а ответчик остается ответственным перед ними еще за одну тысячу. Это потому, что иск каждого из истцов действителен, имея вид правдоподобия. Каждый истец вправе требовать от ответчика присяги, а ответчик, в свою очередь, должен дать присягу отдельно по отношению к каждому истцу, так как право каждого из них отдельно. Казий, приводя к присяге, может начать с того или другого иска, так как невозможно одновременно отобрать присягу по обоим искам и нет основания отдать одному предпочтение перед другим. Если бы, однако, между истцами в этом отношении возник спор, то следует бросить жребий для удовлетворения их и для устранения от казиза нарекания в пристрастии. Когда ответчик примет присягу в опровержение одного иска, то пусть он даст другую присягу в опровержение второго иска; и если он таким образом примет присягу в опровержение обоих исков, то освобождается от ответственности по бездоказательности исков. Если бы он отказался принять вторую присягу, то следует постановить решение в пользу второго истца, так как иск установлен. Если, с другой стороны, он откажется от принятия первой присяги, то не следует постановлять решение в пользу первого истца, а должно предложить ему присягу в отношении второго иска. Иное дело, если бы, отказываясь от присяги, он учинил признание в пользу первого, ибо в этом случае следует немедленно постановить решение, так

как признание само по себе служит доказательством и основанием права собственности, между тем как отказ дать присягу не составляет ни доказательства, ни основания права собственности, кроме как в соединении с решением казия. Поэтому казий вправе в таковом случае отсрочить постановление решения до принятия второй присяги, чтобы удостовериться в полном объеме предметов, которых решение должно коснуться. И если ответчик откажется также от принятия второй присяги, то казий должен постановить решение в пользу обоих истцов, потому что ни один не имеет перед другим преимущества в отношении доказательств; а то обстоятельство, что отказ от дачи присяги по одному иску последовал раньше такового же отказа по другому иску, не имеет значения, так как оба отказа не составляют доказательства каждый отдельно, но оба вместе и одновременно, именно — в момент постановления казем решения, так же, как если бы оба истца представили доказательства, то не имело бы значения, кто из них представил их раньше. То же происходит и в настоящем случае. Ответчик должен также вознаградить истцов за другую тысячу дарагимов, ибо, уплачивая им одну тысячу дарагимов, имевшуюся в наличности, он уплачивает лишь половину того, на что каждый имеет право. Если казий вследствие отказа дать первую присягу немедленно постановит решение в пользу первого истца, не ожидая присяги по второму иску, то в этом случае имам Али Изади в своем комментарии на «Джамиус-Сагир» говорит, что следует дать присягу по второму иску, а если ответчик откажется принять ее — постановить одно решение в пользу обоих истцов в равных частях, ибо решение в пользу первого истца не разрушало права второго, так как порядок дачи присяги был определен или волею казия, или по жребию; но ни эта воля, ни жребий не могут разрушить права второго истца. Хасаф в этом случае рассуждает о рабе, то есть он предполагает, что спор касается не тысячи дарагимов, но раба. Он утверждает, что решение должно быть установлено в пользу первого истца, так как все дело сомнительно ввиду того, что многие ученые полагали, что решение должно быть постановлено в пользу первого, не ожидая присяги по второму иску, потому что отказ принять присягу содержит в себе признание. Он, кроме того, замечает, что не следует приводить к присяге по второму иску в такой форме: «Этот раб не есть раб такого-то», ибо отказ ответчика принять такую присягу не имеет никакого значения после того, как доказано, что указанный раб составляет собственность другого. Посему слова присяги должны быть следующие: «Я ничего не должен этому человеку: ни этого раба, ни стоимость его (в такой-то сумме), ни сумму, меньшую этой стоимости». Он также замечает, что присяга эта требуется по имаму Мухаммаду, но не по учению Абу Юсуфа, потому что, если поклажеприниматель учинит признание относительно поклажи в пользу известного лица, а казий присудит ее другому лицу, то, по имаму Мухаммаду, признавшееся лицо ответственно, а по Абу Юсуфу — не ответственно. Но рассматриваемый случай есть лишь один из видов более общего случая признания поклажи, следовательно, закон в обоих случаях должен быть одинаков. Упомянутый здесь случай признания заключается в том, что кто-либо сперва признает известного раба собственностью такого-то лица, а затем станет отрицать это, удостоверяя, что другое лицо дало ему раба на хранение, и будет постановлено решение в пользу первого, потому что второе признание есть отречение от первого; в

этом случае, если бы он передал раба первому лицу без определения казия, то был бы ответствен, по мнению всех наших ученых; или если бы он передал раба по решению казия, то был бы ответствен, по мнению имама Мухаммада, потому что признал обязанность хранить раба за счет второго лица и все-таки растрчивает раба (поскольку это относится к претензии второго лица), следовательно, ответствен. По Абу Юсуфу, он в этом случае не ответствен, потому что, как он полагает, не факт признания сам по себе разрушает раба по отношению к иску второго лица, но передача раба другому лицу, что представляется необходимым в силу решения казия. С другой стороны, имам Мухаммад утверждает, что он поставил казия в необходимость постановить решение, и посему он ответствен. Но причина приравнения рассматриваемого случая с этим заключается в том, что признание в пользу второго истца после того, как первый получил право на вещь, полезно второму истцу, поскольку оно служит основанием к ответственности перед ним. Отсюда в рассматриваемом случае, по имаму Мухаммаду, необходимо дать присягу по второму иску, хотя было доказано, что раб принадлежит первому истцу, ибо цель заключается в том, чтобы получить отказ в принятии присяги, что равносильно признанию; а признание, даже в этом случае, полезно, так как ведет к ответственности. По Абу Юсуфу, напротив, не следует давать присяги, потому что как ответчик не ответствен вследствие признания, так не ответствен он вследствие отказа принять присягу, а потому приведение его к присяге бесполезно.

КНИГА XXIX

ОБ АРИЯТЕ, ИЛИ ССУДЕ

Определение арията и существо предоставляемого при ссуде пользования. Арият, согласно нашим ученым, означает безвозмездное предоставление пользования. Лицо, предоставляющее вещь, называется мойиром, или ссужателем; лицо, получающее вещь, — мустаиром, или ссудоприемателем; а самый предмет, отданный в ссуду, — арият, или ссудою. Кархи и имам Шафии определяют арият просто как дозволение пользоваться чужим имуществом, так как «арият» происходит от «ибахат», что означает разрешение или дозволение. Определение срока не есть необходимое условие ссуды; но если бы ссуда была предоставлением пользования, то она не была бы действительна без указания срока, ибо без такого указания полный объем пользования не мог бы быть установлен, а неопределенное предоставление пользования недействительно. Ссуда прекращается вследствие обратного требования вещи, между тем как если бы она имела значение предоставления пользования, то не могла бы быть прекращена таким образом, как аренда не может быть прекращена обратным истребованием вещи. Ссудоприематель не вправе отдать полученную в ссуду вещь внаем, между тем как если бы это было предоставлением пользования, то он мог бы отдать вещь внаем, ибо кто сам собственник вещи, тот может сделать и другого ее собственником. С другой стороны, наши ученые рассуждают, что слово «арият» указывает на предоставление пользования, так как происходит от «ария» — дарение, и что согласно сему при совершении договора употребляется выражение «предоставление пользования». Сверх того, пользование вещью способно стать собственностью, как и сама вещь; и подобно тому, как предоставление собственности может происходить с вознаграждением или без него, так же и предоставление пользования. На замечание Кархи относительно термина «ибахат» можно возразить, что этот термин нередко употребляется для выражения предоставления в арендных договорах, являющихся предоставлением пользования арендованным предметом. Что касается его замечания, что «если бы ссуда составляла предоставление пользования, то она не была бы действительна без указания срока ввиду неопределенности», то на это можно ответить, что неопределенность при ссуде не имеет значения, так как не может послужить поводом к спору ввиду того, что ссуда необязательна¹, вследствие чего неопределенность не может нанести ущерба. Следует заметить, что обратное истре-

¹ То есть может быть уничтожена по желанию.

бование вещи при ссуде имеет значение, потому что обратное истребование равносильно запрещению пользования, следовательно, после такого запрещения пользование перестает быть собственностью ссудоприемателя. Кроме того, последний не вправе отдать внаем полученную в ссуду вещь, так как это сопряжено с ущербом для ссужателя.

Предоставление происходит четырьмя различными способами. I. Посредством продажи, составляющей предоставление существа вещи за вознаграждение. II. Посредством дарения, составляющего предоставление существа вещи без вознаграждения. III. Посредством аренды или найма, составляющего предоставление пользования за вознаграждение. IV. Посредством ссуды, составляющей предоставление пользования без вознаграждения, как объяснено выше. Предоставление это действительно, будучи актом доброжелательства, так как Господь сказал: «Делайте добро друг другу», а также потому, что Пророк взял в ссуду одежду оруженосца у Сифвана.

Формы ссуды. Договор ссуды считается заключенным, когда ссужатель говорит: «Я дал тебе это в ссуду», так как этим намерение положительно устанавливается, или когда он говорит: «Я дал тебе есть от этой земли» — это выражение употребляется в переносном смысле для обозначения ссуды; так как невозможно есть самую землю, то подразумевается «есть от произведения ее».

Ссужатель может, когда пожелает, взять ссуду обратно. Ссужатель волен взять обратно данную в ссуду вещь, когда пожелает, потому что Пророк сказал: «Мния¹ подлежит обратному истребованию, и ссуда должна быть возвращена собственнику», а также потому, что произведение или пользование ссуженною вещью становится собственностью по частям, по мере того, как оно получает существование. Отсюда, относительно той части, которая еще не получила существования, может иметь место лишь предоставление, а не овладение; поэтому отказ в отношении такой части действителен.

Ссудоприематель не ответствен за утрату ссуды, разве он превысит свою власть относительно нее. Ссуда основана на доверии. Поэтому, если ссуженная вещь погибнет в руках ссудоприемателя без всякого с его стороны правонарушения, то он не ответствен за это, произойдет ли ущерб во время пользования ею или нет. Шафии утверждает, что он ответствен, когда ущерб произойдет во время непользования ссудою, потому что он вступил во владение чужою вещью без права на нее, а также потому, что как ссудоприематель ответствен за расходы по передвижению, в случае существования вещи, также он ответствен за стоимость в случае утраты вещи, подобно незаконному владельцу, так как вещь находится в одном положении с товаром, удержанным с целью покупки. Что же касается данного ссудоприемателю разрешения на владение, то разрешение это последовало лишь для того, чтобы дать ему возможность пользоваться ссудою; а потому с прекращением пользования оно

¹ Мния есть вид ссуды, когда кто-либо ссужает другого, например, козю, коровою или самкою верблюда, с тем, чтобы ссужаемый пользовался молоком.

более не действует; другими словами, когда ссуда утрачена во время пользования, то он не ответствен ввиду необходимости владения; между тем, если вещь утрачена, когда он не пользовался ею, то он ответствен вследствие отсутствия в это время необходимости во владении. Наши ученые доказывают, что термин «арият» не указывает на ответственность, ибо арият есть предоставление пользования безвозмездно, или (по Шафии и Кархи) разрешение пользоваться. Вступление во владение ссудой не есть правонарушение со стороны ссудоприемателя, так как оно последовало с согласия ссужателя; и хотя согласие это имело целью лишь сделать для ссудоприемателя возможным пользование вещью, но ссудоприематель и не вступал во владение ею с иною целью; поэтому он не виновен в правонарушении и, следовательно, не ответствен. На замечание Шафии можно ответить, что расходы по передвижению вещи ложатся на ссудоприемателя только вследствие того, что передвижение это происходит для его удобства, так же, как расходы по содержанию полученной в ссуду вещи ложатся на ссудоприемателя вследствие получаемой ими от пользования выгоды, а не по причине какого-либо нарушения с его стороны. Иное следует сказать относительно незаконного владельца, на которого расходы по передвижению ложатся только вследствие правонарушения с его стороны. Что касается овладения с целью покупки, то ответственность в этом случае возникает не из факта овладения, но из той цели, с которою оно сделано; как овладение в силу договора продажи ведет к ответственности, так же — и овладение с намерением покупки, потому что овладение с намерением заключить известный договор подчиняется такой же ответственности, как и самый договор.

Он не вправе отдать полученную в ссуду вещь внаем. Ссудоприематель не вправе отдать ссуду внаем. Поэтому, если бы он отдал ее внаем и затем она утратилась бы, то он ответствен за нее, потому что объем ссуды менее объема найма, а меньшее по объему не может заключать в себе большего. Если бы наем был действителен, то это могло бы случиться лишь при обязательности его; но обязательным наем может быть лишь при согласии на него ссужателя, ибо иначе последний терпел бы большой ущерб ввиду лишения его возможности потребовать ссуду обратно до истечения срока найма. Посему отдача ссуды внаем недействительна.

Если же он отдаст ее внаем, то становится ответственным. Следует заметить, что в случае отдачи ссуды внаем ссудоприематель становится ответственным за нее непосредственно по передаче ее наемщику; так как акт ссуды не дает права на отдачу внаем, то отсюда следует, что такая передача есть превышение власти. В этом случае ссужатель может, по своему выбору, получить вознаграждение от наемщика ввиду того, что последний принял чужое имущество без согласия собственника. Если, однако, он получит вознаграждение от ссудоприемателя, то уже не имеет права на вознаграждение от наемщика; ввиду уплаты вознаграждения ссудоприемателя очевидно, что последний отдал внаем лишь свое собственное имущество. Если он возьмет вознаграждение от наемщика, то этот последний вправе потребовать возмещения уплаченного от ссудоприемателя, являющегося и наймодателем, если только он (наемщик) не знал, что предмет найма есть ссуда, так как в этом случае он является жертвою обмана.

Он может, в свою очередь, отдать ее в ссуду другому лицу, если только это не ставит вещь в худшее положение. Ссудоприематель вправе отдать вещь в дальнейшую ссуду, если только при этом вещь не ставится в худшие условия¹. Имам Шафии того мнения, что ссудоприематель не вправе отдать вещь в ссуду другому лицу, потому что ссуда есть лишь разрешение на пользование, а лицо, получившее такое разрешение, не может передать это позволение другому лицу по той причине, что пользование вещью не способно стать собственностью, так как оно материально не существует, а при аренде рассматривается как материально существующая вещь лишь по необходимости, каковой при ссуде не существует. С другой стороны, наши ученые доказывают, что так как ссуда есть предоставление пользования вещью, то ссудоприематель может отдать ее в ссуду так же, как лицо, получившее пользование вещью по отказу. Кроме того, как пользование вещью рассматривается в виде собственности при найме, так же оно рассматривается и при ссуде ввиду необходимости.

Возражение. Если ссуда есть предоставление пользования, то отсюда необходимо следует, что ссудоприематель вправе отдать вещь в ссуду, даже если бы при этом вещь ставилась в худшие условия; между тем закон говорит иное.

Ответ. Ссудоприематель не вправе отдать вещь в ссуду, если она при этом ставится в худшие условия, потому что возможно, что пользование второго ссудоприемателя принесет больший вред, чем пользование первого; а согласие первого ссудателя дано было на пользование со стороны первого ссудоприемателя, а не второго.

Автор «Хидои» замечает, что изложенное здесь предполагает безусловность ссуды, потому что эти ссуды бывают четырех родов.

I. Ссуды безусловные по отношению к пользованию и сроку, в каком случае ссудоприематель вправе пользоваться вещью как и когда вздумается, потому что ссуда безусловна.

II. Ссуды, ограниченные как относительно пользования, так и относительно срока, в каком случае ссудоприематель не вправе отступить от этих ограничений, разве отступление не изменит положение ссуды или поставит ее в лучшие условия; как, например, когда кто-либо берет в ссуду животное с тем, чтобы нагрузить на него в известный день десять мер известного сорта пшеницы, а нагрузит в тот же день десять мер другого сорта пшеницы или менее десяти мер того же или другого сорта пшеницы.

III. Ссуды, ограниченные сроком, но безусловные относительно пользования.

IV. Ссуды, ограниченные в отношении пользования, но не ограниченные сроком; в том и другом из означенных случаев ссудоприематель не вправе отступить от ограничения. Посему, если кто-либо берет в ссуду животное без всяких условий,

¹ Так, если в ссуду дана корова или коза для пользования от них молоком, то безразлично, находятся ли они для этой цели у Заида или Омара. Но если ссуда состоит из верховой лошади, то может иметь значение, чтобы Заид не отдал ее в ссуду Омару, ибо если Заид худ, а Омар толст, то лошадь будет поставлена в худшие условия.

то он вправе или навьючить его за свой счет, или отдать его с этой целью другому лицу, так как в навьючении нет разницы; равным образом он может или сам ездить на животном верхом, или отдать его для той же цели в ссуду другому лицу; но так как верховая езда бывает различная, то он может ездить лишь одним способом, который должен быть установлен его собственным действием. Если он сам ездил на животном верхом, то не вправе отдать его для езды другому; или если он даст животное другому для верховой езды, то после того не вправе сам ездить на этом животном.

Ссуда денег и т.п. в противоположность ссуде индивидуальных предметов. Ссуда дарагимов, динаров и предметов, измеряемых мерами емкости, веса и длины, рассматривается с точки зрения карза¹. Это основано на том начале, что арият есть предоставление пользования (данном в ссуду имуществом); а так как в отношении этих предметов не может быть пользования без израсходования самих предметов, то предоставление пользования должно быть рассматриваемо как предоставление самого предмета пользования. Но этого рода предоставление может быть рассматриваемо с двух точек зрения: дарения или ссуды². В данном случае, однако, следует рассматривать этот акт как ссуду, потому ли, что ссуда более вероятна, чем дарение, или потому, что предмет ссуды двойкий, именно — пользование вещью и возвращение этой самой вещи; а при ссуде рассматриваемых вещей допускается возвращение эквивалента вместо самих вещей. Законоведы, однако, замечают, что сказанное основано на предположении безусловной ссуды, ибо если бы она была ограничена (как, например, когда кто-либо дает другому в ссуду известное количество дарагимов для выставления в лавке с целью привлечь покупателей, убежденных, что имеют дело с богатым купцом), то это не был бы карз, арият, ввиду чего ссудоприематель не вправе пользоваться вещью иначе, чем установлено. Здесь оказывается тот же случай, как если бы кто-либо взял в ссуду вазу или меч для украшения своей лавки.

Земля может быть взята в ссуду для возведения на ней постройки или для насаждения, но ссудатель вправе потребовать ее обратно. Если кто-либо берет в ссуду землю с намерением возвести на ней постройки или насадить деревья, то это законно, потому что пользование, ради которого заключается договор ссуды, в данном случае определено; и так как такое пользование составляет предмет собственности в арендном договоре, то таковым же оно предоставляется при ссуде. Но в этом случае ссудатель вправе потребовать землю обратно; и так как он должен получить ее обратно в том виде, в каком она была дана, то он вправе принудить ссудоприемателя снести его постройки или деревья. Следует, однако, иметь ввиду, установлен ли срок ссуды или

¹ В разговорном языке «арият» и «карз» употребляются безразлично для обозначения ссуды, но закон различает оба выражения. Когда употребляется термин «арият», говорится о вещах, которые, будучи отданы в ссуду, возвращаются как были даны, а когда «карз» — о вещах, которые сами не возвращаются, а заменяются одинаковым количеством подобных же вещей. Так, если кто-либо, взяв книгу, прочтет ее и возвратит, то это есть арият; но если кто-либо возьмет у другого сто дарагимов и, истратив их, возвратит другую сотню дарагимов, то мы имеем дело с карзом.

² Арабское «карз». Так как нет особых выражений для обозначения терминов «карз» и «арият» (хотя существенно различных по последствиям), то в переводе в обоих случаях употреблено слово «ссуда». Предоставляется читателю по смыслу соображать, о каком термине идет речь.

нет. Если срока не было установлено, то ссужатель не обязан вознаграждать ссудоприемателя за убытки, причиненные сносом строений или деревьев, так как ссудоприематель не был введен в заблуждение, но скорее сам ввел себя в заблуждение, положившись на абсолютный договор. Если, с другой стороны, был установлен срок ссуды и предмет ссуды был потребован обратно до истечения срока, то требование это действительно, так как ссужатель (как объяснено выше) может потребовать возвращение ссуженного предмета, когда ему угодно; но, тем не менее, требование это в данном случае достойно порицания, так как это есть нарушение обещания, и ссужатель ответствен пред ссудоприемателем за убытки, понесенные им от сноса деревьев или построек, ввиду того, что он (ссужатель) ввел ссудоприемателя в заблуждение, устанавливая срок, на который ссудоприематель и вправе был положиться. Посему последний получает право на вознаграждение от ссужателя в размере понесенного убытка; и о том же говорит Кудури в своем сборнике. Хукми Шагид утверждает, что ссудоприематель волен получить от ссужателя или стоимость деревьев и построек (которые в этом случае становятся собственностью ссужателя), или вознаграждение за убытки (в каковом случае он вправе снести деревья и постройки). Законоведы замечают, что если удаление деревьев и построек наносит ущерб земле, то выбор того или другого способа удовлетворения ссудоприемателя принадлежит собственнику земли, так как он — главное лицо, а ссудоприематель — второстепенное, а преимущество всегда отдается главному.

Земля, данная в ссуду для посева, не может быть взята обратно до снятия урожая. Если кто-либо отдаст в ссуду участок земли для посева, то он не вправе потребовать его обратно до снятия урожая, независимо от того, установлен ли срок или нет, так как снятие посева происходит в известный заранее срок и оставлением посева до этого срока на земле соблюдается право как ссужателя, так и ссудоприемателя, как при аренде в подобном же случае. Иначе обстоит дело относительно деревьев: так как время их существования неопределенно, то оставление их на земле нанесет ущерб ссужателю.

Ссудоприематель обязан нести расходы по возвращению ссуды. Расходы по возвращению ссуды должны быть уплачены ссудоприемателем. Так как возвращение вещи лежит на его обязанности (ввиду того, что он взял ее для своей пользы), то он, следовательно, должен нести расходы по ее возвращению. Следует заметить, что расходы, соединенные с возвращением данной в аренду вещи, лежат на обязанности арендодателя, ибо, так как арендная плата составляет вознаграждение за выгоду от пользования арендованным предметом, то от арендатора требуется только, чтобы он дал арендодателю возможность получить предмет аренды обратно, прекратив свое пользование им, но он не обязан возратить таковой арендодателю. Напротив, расходы по возвращению вещи, находящейся в незаконном владении, ложатся на незаконного владельца; так как на нем лежит обязанность возратить собственнику вещь для устранения наносимого им ущерба, то он же обязан нести расходы по возвращении вещи.

Для возвращения взятого в ссуду животного достаточно поставить его в конюшню собственника. Если кто-либо, взяв в ссуду животное, возвратит таковое в конюшню

собственника, а затем оно окажется потерянным, то ссудоприематель не ответствен, по благоприятному толкованию закона. По аналогии следовало бы признать его ответственным, так как он не возвратил животное ни собственнику, ни его представителю, а привел лишь его на землю собственника. Причина более благоприятного толкования заключается в том, что здесь имело место возвращение по общепринятому обычаю, так как в обычае возвращать предметы ссуды собственнику на дом, как, например, когда в ссуду взята посуда или домашняя утварь, в каковом случае в обычае возвращать их не в руки собственника, а лишь в его дом. Кроме того, если бы он возвратил животное собственнику, то последний отправил бы его в конюшню; а по-сему непосредственное доставление животного в конюшню считается надлежащим возвращением его.

А для возвращения раба — чтобы он был доставлен господину на дом. Если кто-либо берет в ссуду раба и затем возвращает его господину, то он не ответствен за него по вышеизложенным причинам. Если, напротив, незаконный владелец или поклажеприематель возвратят вещь хозяину ее на дом без передачи ему таковой, то они ответственны за могущую произойти пропажу ее: незаконный владелец — потому, что на его обязанности лежало устранить свое незаконное действие, и действие это не может быть устранено иначе, как передачею самому собственнику; а поклажеприематель — потому, что собственник не желал, чтобы он передал вещь лишь в его дом или его семье, ибо, если бы он желал этого, то не отдал бы ему вещи на сохранение. Относительно ссуды — другое дело, так как таковая обыкновенно возвращается на дом, за исключением, однако, случая, когда ссуда состоит из драгоценных камней, которые должны быть возвращены лично собственнику, а не в дом его или семье.

Достаточно, если ссуда возвращается через посредство раба или слуги ссудоприемателя. Если ссудоприематель посылает животное, которое он взял в ссуду, собственнику его через посредство своего раба или слуги и животное по дороге будет потеряно, то ссудоприематель не ответствен за него. (Под слугою здесь разумеется наемник, получающий годовое жалованье). Это объясняется тем, что ссуда по природе своей сходна с поклажею; и ссудоприематель может поручить вещь для сохранения кому-либо из своей семьи, к которой причисляются также раб и годовой слуга. Другое дело — поденщик, который не считается принадлежащим к семье.

Или ссужателя. Если ссудоприематель пошлет обратно взятую в ссуду лошадь или другое животное через посредство раба или наемника хозяина лошади и последняя по дороге будет потеряна или испорчена, то ссудоприематель не ответствен за это, так как предполагается, что он передал лошадь с одобрения собственника, ибо последний, если бы лошадь была передана ему лично, сам поручил бы ее своему рабу или слуге. По мнению некоторых, здесь подразумевается такой раб или слуга, на котором постоянно лежит обязанность ухода и присмотра за животным. Другие, напротив, полагают, что не имеет значения, передано ли животное такому рабу или другому из числа принадлежащих собственнику; и это последнее мнение более распространено.

Если ссуда возвращена через постороннее лицо, то ссудоприематель ответствен. Если ссудоприематель пошлет животное собственнику через постороннее лицо, то

он становится ответственным и должен уплатить стоимость животного в случае потери его. Следует заметить, что этот случай предполагает незаконность отдачи ссудоприноимателем вещи на сохранение постороннему лицу, ибо, если бы такая отдача была законна, то он не становился бы ответственным. Таково также мнение некоторых из наших современных ученых. Другие из их числа говорят, что ссудоприноиматель вправе отдать вещь на сохранение, потому что договор поклажи по объему меньше договора ссуды; и они примирили в данном случае оба мнения, указав на то, что ссудоприноиматель неизбежно становится ответственным, отдавая вещь на сохранение постороннему лицу, ибо с момента поручения ее постороннему лицу ссуда прекращается, и, не будучи более ссудоприноимателем, он, следовательно, становится ответственным. Наши ученые не признают, однако, законность сделанной ссудоприноимателем поклажи, разве он являлся бы ссудоприноимателем ссудоприноимателя, каковой фактически не есть ссудоприноиматель.

Термины, в которых должен быть выражен договор ссуды земли. Если одно лицо дает другому в ссуду участок необработанной земли для возделывания, то ссудоприноиматель должен включить в договор ссуды слова: «Ты дал мне есть от этой земли». Таково учение Абу Ханифы. Оба ученика говорят, что термин «арият», или ссуда, должен быть включен в договор, так как термин «арият» специально употребляется для обозначения ссуды и удобнее обозначать договор ссуды терминами, свойственными этому договору, как, например, при ссуде дома, где ссудоприноиматель выражает договор словами: «Ты дал мне в ссуду этот дом». Абу Ханифа доказывает, что слова: «Ты дал мне есть от этой земли» лучше выражают факт, так как слово «итаам» (давать есть) специально применяется к произведениям земли, между тем как слова: «Ты дал мне в ссуду эту землю» могут применяться и к другим предметам, каковы строения и т.п. Поэтому употребление первой формулы гораздо более желательно. Другое дело — относительно дома, потому что дома отдаются в ссуду только для жительства в них, а не для иных целей.

смерти завещателя, когда последний не в состоянии уже принять какое-либо обязательство.

Возражение. Хотя обязательство и не может лежать на умершем, но оно может быть возложено на его наследника, являющегося его преемником и представителем.

Ответ. Наследник не есть собственник отказа, а потому на нем не может и лежать обязательство по поводу отказа.

Можно вступить во владение подаренным на том месте, где дарение предложено, без особого распоряжения дарителя, но не после того. Если одаренный вступает во владение подаренным предметом на месте совершения договора дарения без распоряжения дарителя, то это законно, по благоприятному толкованию закона. Если, напротив, он овладеет подаренным после того, как разойдется с дарителем, то это его действие незаконно, если на него не было согласия дарителя. По аналогии следовало бы, что овладение недействительно ни в том, ни в другом случае, так как это есть акт относительно имущества, составляющего еще собственность дарителя, ибо, так как его право собственности продолжается до овладения, то последнее является, следовательно, недействительным без его согласия. В данном случае основание к более благоприятному толкованию закона заключается в том, что овладение при дарении подобно принятию при продаже по тому соображению, что последствие сделки (то есть установление права собственности) основано на овладении, а в договоре продажи — на принятии. Так как, сверх того, предмет дарения есть установление права собственности, то отсюда следует, что предложение дарителя на деле представляется уполномочием одаренному на овладение вещью. Другое дело, когда овладение происходит после того, как стороны разойдутся, так как наши ученые допускают установление власти над вещью только тогда, когда овладение непосредственно соединено с принятием; а так как принятие действительно лишь в присутствии обеих сторон, то это же условие необходимо для действительности связанного с принятием овладения. Другое также дело, когда даритель запрещает одаренному овладеть вещью на месте совершения договора, ибо в этом случае овладение, совершенное одаренным в названном месте, было бы недействительно, так как соображения о предполагаемом намерении дарителя не могут иметь силы ввиду положительно выраженной им воли.

Дарение части делимой вещи недействительно, но дарение части неделимой вещи действительно. Дарение части делимой вещи недействительно, если часть эта не будет отделена от собственности дарителя; но дарение части неделимой вещи действительно. Имам Шафии утверждает, что дарение действительно в обоих случаях, потому что дарение есть договор, сообщающий право собственности, и как таковой действителен относительно связанных и относительно отделенных вещей так же, как при продаже. Это основано на том, что, так как неопределенная часть может быть предметом права собственности, то она может быть и предметом дарения, и добровольная сделка не становится ничтожной вследствие неопределенности предмета ее, как, например, в ссуде — карзе, когда кто-либо дает другому тысячу дарагамов, из которых пятьсот в виде ссуды, а остальные — по договору товарищества; или как

при отказе или дарении неделимых вещей. Рассуждения наших ученых в этом отношении — двоякого рода. Во-первых, овладение положительно предписано в случаях дарения, а потому полное овладение есть необходимое условие; но полное овладение неопределенною частью делимых вещей невозможно, ибо невозможно при этом овладеть подаренною частью, не овладев частью того, что не было подарено; а это есть ненадлежащее овладение. Во-вторых, если бы дарение части делимой вещи без отделения этой части было законно, то из этого необходимо вытекало, что на дарителе лежит обязанность, которую он не принимал на себя, именно — обязанность раздела, который может быть соединен с ущербом для него (вследствие чего дарение неполно и недействительно до овладения подаренным; ибо, если бы оно было действительно до овладения, то на дарителе лежала бы обязанность, которую он не принимал на себя, именно — обязанность передачи). Другое дело — относительно неделимых вещей, потому что относительно их полное овладение вообще невозможно, а потому по необходимости следует довольствоваться неполным овладением, так как это все, что допускает свойство предмета, а также потому, что даритель не подвергается невыгоде раздела.

Возражение. По аналогии следовало бы заключить, что дарение части неделимой вещи недействительно, потому что, хотя даритель в этом случае не подвергается невыгоде раздела, но он становится участником в общей собственности, а это также представляет своего рода невыгоду.

Ответ. Даритель становится соучастником в такой вещи, которая не составляет предмета дарения с его стороны, именно — соучастником в пользовании (целым неделимым предметом), ибо дарение относилось к сущности предмета, а не к пользованию им; а посему необходимость соучастия относится не к тому, что, собственно, составляет предмет дарения.

Что касается указываемой имамом Шафии аналогии между рассматриваемым случаем и случаем ссуды карза или отказа, то указание это совершенно неосновательно, ибо при отказе овладение (со стороны легатария) не есть необходимое условие, как и при действительной продаже; и хотя овладение требуется при салиме и продаже сарф, но, тем не менее, оно не предписано по отношению к ним, и потому не требуется, чтобы овладение было полное. Так как все эти договоры (продажи) влекут за собою ответственность, то обязанность раздела согласна с их природою. Что касается ссуды карза, то это есть произвольная сделка в начале, но соединена с ответственностью в конце (так как при утрате требуется возвращение подобной же вещи). Отсюда, ввиду сходства такой ссуды с обоими видами договоров для нее требуется неполное овладение, но не раздел. Кроме того, овладение в этом случае не предписывается положительно.

Если кто-либо дарит своему товарищу свою долю в товарищеском капитале, по природе своей делимом, то это недействительно ввиду недействительности дарения неопределенной части делимой вещи, как объяснено выше.

Если кто-либо дарит неопределенный участок земли (какова половина или четверть), то такое дарение ничтожно по изложенным уже причинам. Если, однако, он затем отделит подаренную часть и передаст ее, то дарение становится действитель-

ным, потому что дарение становится совершенным вследствие овладения, и в этом случае дар не представляется в соединении с другим неопределенным имуществом в момент овладения.

Дарение предмета, заключающегося в другом предмете, недействительно в полном объеме. Если кто-либо дарит пшеничную муку, еще не вымолотую из зерна, или конопляное масло, еще не выжатое из семян, то такое дарение недействительно; и если он затем вымелет муку из зерна или выжмет масло из семян и передаст одаренному, то дарение все-таки не становится действительным. То же правило применяется к маслу, заключающемуся еще в молоке. Это потому, что подаренная вещь не существует (вследствие чего, если лицо, незаконно завладевшее пшеницей или семянами, превратит их в муку и масло, то оно становится собственником этих вещей); а так как несуществующая вещь не может быть предметом собственности, то рассматриваемая сделка ничтожна и может впоследствии возникнуть, лишь будучи заключена вновь. Другое дело — в предыдущем случае, так как неопределенная часть вещи все же может быть передана.

Дарение молока в вымени, шерсти на спине козы, семян деревьев в земле или плодов на деревьях по природе своей сходно с дарением неопределенной части вещи; причиной недействительности служит связь подаренного с тем, что не подарено, каковая связь является препятствием к овладению таким же образом, как в случае неразделенности вещи.

Дарение поклажи поклажепринимателю действительно без формальной передачи и овладения. Если даваемая в дар вещь находится в руках одаренного в качестве поклажи, то дарение считается совершенным, хотя бы не было формального овладения, так как предмет дарения уже находится в руках одаренного, вследствие чего овладение вещью не требуется. Другое дело, когда поклажедатель продает поклажу поклажепринимателю: в этом случае первоначальное овладение недействительно, так как овладение в силу покупки связано с ответственностью, а потому не может быть заменено овладением в силу договора поклажи. Напротив, овладение при дарении, не будучи связано с ответственностью, может быть заменено овладением по договору поклажи.

Дарение со стороны отца малолетнему сыну вещи, правильно находящейся в его фактическом или законном владении, действительно в силу его (отца) владения. Если отец дарит что-либо своему малолетнему сыну, то последний в силу дарения становится собственником подаренного, если только вещь в это время находится во владении отца или его поклажепринимателя, потому что владение отца может стать владением в силу дарения, а владение поклажепринимателя равносильно владению отца. (Другое дело, если подаренная вещь отдана в заклад, находится в незаконном владении другого или продана по недействительному договору, потому что заклад и захваченная вещь находятся во владении другого, а предмет недействительной продажи составляет собственность другого). То же самое правило применяется, когда мать дарит что-либо своему малолетнему сыну, которого она содержит и отец которого умер, причем не последовало назначения опекуна, а также к случаям дарения других лиц, содержащих ребенка, при таких условиях. Следует заметить, что закон относи-

тельно овладения при милостыне сходен с тем же законом относительно дарения. Так, если кто-либо уступит бедному в виде милостыни вещь, которою последний в то время владеет, то он становится собственником ее без нового овладения; равным образом, когда отец предоставит в виде милостыни своему малолетнему сыну вещь, находящуюся во владении его самого или его поклажепринимателя, то малолетний становится собственником ее, в противоположность случаям, когда таким образом уступленная вещь отдана в заклад, незаконным образом захвачена или продана по недействительному договору.

Равно как и дарение со стороны постороннего лица малолетнему. Если постороннее лицо подарит что-либо малолетнему, то дарение становится совершенным путем овладения со стороны отца малолетнего; так как он волен заключать для малолетнего сделки обязательные, будь они выгодны или не выгодны (какова продажа), то он тем более вправе принять дар, представляющий лишь выгоду.

Дарение сироте совершается овладением со стороны опекуна. Если кто-либо дарит вещь сироте и ею для него овладеет опекун, назначенный по завещанию отцом сироты, или дед малолетнего, или назначенное по завещанию последнего в качестве опекуна лицо, то такое овладение действительно, ибо все эти лица имеют власть над сиротою, будучи поставлены вместо его отца.

А дарение не имеющему отца ребенку — овладением со стороны его матери. Если не имеющий отца ребенок находится на попечении своей матери и она овладеет подаренною ребенку вещью, то это законно, ибо она имеет власть охранять как его самого, так и его имущество; а овладение сделанным ему даром имеет значение охранения его самого, ибо его нельзя содержать без имущества. То же правило применяется к постороннему лицу, имеющему попечение о сироте; так как его овладение имеет законную силу (вследствие чего другое лицо не вправе отнять у него сироту), то он, следовательно, имеет власть совершать все то, что клонится исключительно в пользу сироты.

Дарение несовершеннолетнему, действующему с разумением, совершается посредством овладения со стороны самого несовершеннолетнего. Если несовершеннолетний сам овладеет подаренною ему вещью, то это действительно, если только он одарен разумом; акт этот совершается в его пользу, и он способен совершить его, так как дееспособность зависит от разума и понимания, которыми он обладает.

Муж вправе овладеть вещью, подаренною его жене, не достигшей совершеннолетия, если только она прислана в его дом из дома отца; и это — хотя бы отец был налицо, ибо предполагается, что он отказался от ведения ее дела в пользу мужа. Другое дело, если она не оставляла отцовского дома, потому что тогда отец не считается отказавшимся от ведения ее дела. Иное следует также сказать о матери или других лицах, имеющих попечение о жене, потому что они не вправе овладеть даром за ее счет, если отец ее не умер, не отсутствует или место пребывания его известно, ибо их власть основана на необходимости, а не на авторитете этих лиц; сказанной же необходимости не может существовать, пока присутствует отец.

Дом может быть предоставлен в виде дара двумя лицами одному. Если два лица со-вокупно дарят кому-либо дом, то дарение действительно; так как они передают ему

дом в целом составе и таковым же даритель его принимает, то нельзя сказать, что в момент овладения существует смешение имущества.

Но не одним лицом — двум. Если кто-либо дарит дом двум лицам, то, по Абу Ханифе, сделка недействительна. Оба ученика полагают, что она действительна, потому что даритель отдает весь дом каждому из двух одаряемых (ввиду того, что дело идет лишь об одном предоставлении); посему здесь нет смешения собственности; таким же образом, как если одно лицо отдает дом в залог двум лицам. Доказательства Абу Ханифы в данном случае — двойного рода. Во-первых, дарение здесь представляется дарением половины дома каждому из одаренных (как явствует из того, что если кто-либо дарит двум лицам неделимую вещь и один из одаренных примет дар, то дарение становится действительным относительно его части); а если так, то отсюда следует, что в момент овладения со стороны обоих одаренных должно возникнуть смешение собственности. Во-вторых, так как право собственности устанавливается для каждого одаренного в размере одной половины, то отсюда следует, что и само предоставление имеет место в тех же частях, ибо право собственности есть последствие предоставления. Посему, ввиду того соображения, что каждый получает право собственности на половину дома, вполне устанавливается, что здесь происходит неопределенное смешение долей каждого в подаренном. Другое дело — в случае залога, потому что здесь возникает право на удержание вещи, а не право собственности, а право удержания вполне принадлежит каждому из залогодержателей в отдельности, так что, если залогодержатель уплатит долг одному из залогодержателей, то право другого на удержание залога остается неприкосновенным.

Различие между совокупным дарением или милостынею богатому и бедному. В «Джами-ус-Сагире» говорится, что если богатый человек предоставит в виде милостыни десять дарагимов двум бедным или подарит им эту сумму, то это законно; но если означенная милостыня или дар предоставляется двум богатым лицам, то это недействительно. (Оба ученика утверждают, что в этом случае и дарение, и милостыня действительны). Из сказанного ясно, что Абу Ханифа рассматривает дарение как милостыню, когда оно относится к бедному, и милостыню — как дарение, когда оно относится к богатому, ввиду сходства между этими двумя актами, так как они оба суть безвозмездное предоставление собственности. Отсюда Абу Ханифа делает различие между бедным и богатым, как явствует из приведенного в «Джами-ус-Сагире» случая; он допускает милостыню двум бедным лицам, но не допускает дарения двум богатым; между тем как в «Мабсуте» он не делал между ними различия, но, напротив, объявил, что они равны; там он объясняет, что «ни дар, ни милостыня двум лицам недействительны, ибо этому в обоих случаях препятствует смешение имущества, между тем как дарение и милостыня требуют полного овладения». Причина различия этих случаев в «Джами-ус-Сагире» заключается в том, что цель милостыни есть даяние Богу, который един, и милостыня дается не бедному, но ниспосылается, как насущный хлеб его, от всемогущего Бога; между тем как дарение непосредственно делается в пользу его субъектов, именно — двух лиц. По мнению некоторых, изложенное в «Джами-ус-Сагире» положение является наиболее распространенным учением, и смысл изложенного в «Мабсуте» учения тот, что милостыня в пользу двух богатых лиц недействительна так же, как и дарение в пользу двух лиц вообще.

Случай дарения дома в разных частях. Если кто-либо дарит одному лицу треть своего дома и другому лицу столько же, то это, по мнению обоих учеников, недействительно, а по мнению имама Мухаммада — действительно. Если же он подарит одну половину одному лицу, а другую — другому, то относительно этого случая передают два мнения Абу Юсуфа. По двум принципам, поддерживаемым Абу Ханифой, дарение недействительно, между тем как по началам, которых держится имам Мухаммад, оно действительно. Причина различия в последнем примере, как оно устанавливается Абу Юсуфом, состоит в том, что ввиду положительного разделения на части становится очевидным, что намерение дарителя заключалось в предоставлении части собственности каждому из двух одаренных, вследствие чего неизбежно должно произойти смешение имущества. Отсюда, незаконно отдавать вещь в заклад двум лицам, назначая каждому из них по половине.

Глава II

О ПОВОРОТЕ ПОДАРЕННОГО

Даритель может потребовать обратно дар от постороннего лица. Даритель вправе потребовать обратно дар, сделанный постороннему лицу. Имам Шафии утверждает, что это незаконно, потому что Пророк сказал: «Пусть даритель не требует обратно дара, но пусть отец, если ему угодно, возьмет назад дар, сделанный сыну». Обратное требование прямо противоположно предоставлению; а так как при дарении имеет место предоставление, то оно не может допустить противоположное ему. Иное дело — при дарении, сделанном отцом в пользу сына, потому что (по учению имама Шафии) предоставление собственности отцом сыну никогда не может быть полным, ибо существует правило, что отец имеет власть над собственностью своего сына. Доводы наших ученых в настоящем случае — двойного рода. Во-первых, Пророк сказал: «Даритель сохраняет право на свой дар, пока не получит за него вознаграждения». Во-вторых, цель дарения постороннему лицу заключается в получении вознаграждения, ибо в обычае посылать подарки высокопоставленному лицу для получения эквивалента; а отсюда следует, что даритель имеет власть уничтожить дарение до тех пор, пока не последовало ответа на сделку, ибо дарение способно быть уничтожено. Что касается предания о Пророке, приводимого имамом Шафии, то смысл его тот, что даритель не имеет сам права взять обратно дар, так как это должно быть сделано по решению казие с согласия одаренного, за исключением случая дарения отцом, который сам властен отобрать дар от своего сына, когда это необходимо для содержания сына, и это в переносном смысле называется поворотом подаренного. Следует, однако, заметить, что хотя поворот подаренного согласен с последним законом, но он все-таки считается неприличным, ибо Пророк сказал: «Отнятие дара — все равно, что глотание чьей-либо слюны».

Но существуют разные обстоятельства, препятствующие повороту. Следует, далее, заметить, что препятствия к повороту подаренного многочисленны. В числе их находятся следующие. I. Когда одаренный дает дарителю вознаграждение, ибо этим осуществляется цель дарителя. II. Присоединение к подаренному приращения, ибо

в этом случае возврат не может иметь место без распространения его и на приращение, которое включено в самый дар; но он не может распространяться на приращение, так как таковое не было предметом дарения. III. Смерть одной из сторон, ибо, если бы умер одаренный, то его имущество переходит к наследнику и становится таким, как будто оно перешло при его жизни; а если умрет даритель, то его наследники являются посторонними по отношению к договору, так как не они предложили подаренное. IV. Отчуждение одаренным вещи при жизни, ибо это есть последствие власти, получаемой ими вследствие дарения, каковая власть, засим, не может быть отнята; а также потому, что право собственности возродилось для другого лица в силу нового основания, именно — предоставления новому одаренному; и так как возрождение права собственности равносильно существующему изменению в самой вещи, то случай здесь тот же, как если бы дар стал другою вещью, следовательно, он не подлежит повороту.

Дарение земли не подлежит повороту после того, как одаренный возвел на ней постройки или посадил деревья. Если кто-либо дарит другому участок земли без построек или насаждений и одаренный посадит на ней деревья или построит дом, конюшню или лавку такой величины, что можно считать ее приращением, то даритель не вправе взять обратно подаренное ввиду присоединения к таковому приращения. Относительно лавки допущено ограничение, потому что лавки иногда так малы, что не могут считаться приращением, а иногда земля весьма обширна, а лавка занимает лишь некоторую часть ее, в каковом случае невозможность поворота имеет место только относительно этой части.

После продажи части земли одаренным даритель может взять обратно остальную землю. Если одаренный продаст половину подаренной земли без раздела, то даритель может взять обратно вторую половину, так как к этому не существует препятствий. Если, с другой стороны, одаренный не продал ни одной части земли, то даритель может взять обратно одну половину ее, ибо так как он имеет право взять обратно всю землю, то тем более вправе взять половину ее.

Дар, учиненный в пользу родственника, не подлежит повороту. Если кто-либо учиняет дар в пользу своего родственника в запрещенных степенях, то он не вправе поворотить подаренное, потому что Пророк сказал: «Если дар учинен в пользу родственника в запрещенной степени, то он не подлежит возврату». Цель такого дарения есть укрепление родственных уз, каковое и достигается этим способом.

Равно как дар в пользу мужа или жены, учиненный во время брака. Если муж дарит что-либо своей жене или жена — своему мужу, то дар не подлежит повороту, так как целью дарения является усиление расположения (подобно тому, как при дарении в пользу родственника); и ввиду достижения цели дар не подлежит повороту¹. Эта цель считается, однако, существующею лишь пока длится договор; так что, если лицо дарит что-либо посторонней женщине и затем вступает с нею в брак, то он может взять

¹ Ввиду наличности первого из вышеуказанных препятствий, ибо закон предполагает, что усиление расположения, возбужденное в жене дарением, есть вознаграждение за подаренное, каковое вознаграждение и лишает дарителя права на поворот.

обратно подаренное; но если муж дарит что-либо своей жене и затем троекратно разведется с нею, то он не вправе поворотить подаренное.

Получение вознаграждения препятствует повороту. Если одаренный говорит дарителю: «Возьми эту вещь в обмен на твой дар» и он примет ее, то право поворота признается уничтоженным, так как даритель достиг цели дарения.

Хотя бы вознаграждение было дано посторонним лицом. Если постороннее лицо за счет одаренного даст что-либо безвозмездно дарителю взамен дара и даритель примет предлагаемое, то право поворота прекращается, ибо постороннее лицо вправе дать вознаграждение за отказ от права так же, как в случаях хуля или мирового соглашения.

Если часть подаренного окажется собственностью другого, то соответствующая часть вознаграждения может быть получена обратно. Если половина подаренного окажется собственностью не дарителя, а другого лица, то одаренный вправе взять обратно от дарителя половину данного им за дар вознаграждения, так как другая половина дара не была за ним обеспечена. Если, напротив, половина вознаграждения окажется не собственностью одаренного, то даритель не вправе взять обратно какую-либо часть дара, но он может возратить остальную часть вознаграждения и затем взять обратно весь дар. Имам Зуфар утверждает, что даритель может взять обратно половину подаренного, так как он видит здесь аналогию с тем случаем, когда часть подаренного окажется принадлежащею другому. Рассуждения наших ученых в подтверждение их мнения заключаются в том, что остающаяся часть вознаграждения по природе своей может быть рассматриваема как вознаграждение за весь дар с самого начала. Так как, сверх того, ввиду обнаружившейся принадлежности половины вознаграждения другому лицу становится очевидным, что, кроме остающейся части, нет другого вознаграждения за дар, то отсюда следует, что даритель не вправе взять обратно соответствующую часть дара. Однако он имеет право выбора относительно всего дара, ибо он отказался от своего права на поворот лишь под условием сохранения целого вознаграждения; а так как оно не остается за ним в целости, то он волен возратить остальную часть вознаграждения и получить обратно весь дар.

Если дается вознаграждение лишь за часть подаренного, то остальной дар может быть потребован обратно. Если кто-либо подарит другому дом и одаренный даст вознаграждение лишь за половину дома, то даритель может взять обратно половину дома, за которую он не получил вознаграждения, так как препятствие к повороту существует лишь относительно другой половины.

Поворот может совершиться лишь по обоюдному согласию или по решению казия. По закону, поворот дара может совершиться только с согласия обеих сторон или по решению казия, потому что учение о повороте представляется между учеными весьма спорным. Кроме того, этот институт имеет свои слабые стороны, ибо введение его противно аналогии, так как право поворота есть власть над имуществом другого (ввиду того, что право собственности над даром принадлежит одаренному). При этом может возникнуть спор о тождестве вещи (так как даритель может потребовать вещь, которую одаренный откажется выдать); спор этот, очевидно, может быть решен только по соглашению сторон или по определению казия, так что, если был

подарен раб и одаренный отпустит его на волю до решения казия, то отпущение на волю действительно. Если даритель воспретит одаренному оставаться во владении даром, последний, тем не менее, удержит владение и вещь будет потеряна или испорчена в его руках, то он не ответствен за нее, потому что право собственности его на вещь не считается прерванным. То же правило применимо к тому случаю, когда дар утрачивается или портится, находясь во владении одаренного после определения казия, но раньше требования о выдаче ее со стороны дарителя, потому что первоначальное держание им вещи было соединено с ответственностью, и держание это еще продолжается. Но если даритель требует вещь и запрещает одаренному дальнейшее пользование ею после решения казия, а одаренный тем не менее удерживает вещь, то он ответствен за нее.

Новое овладение со стороны дарителя не требуется для действительности поворота. Если кто-либо берет назад дар в силу ли решения казия или по обоюдному согласию сторон, то это есть уничтожение первоначального дара, а не новый дар со стороны одаренного; а потому овладения со стороны дарителя в этом случае не требуется. Сверх того, поворот законен в отношении неотделенной части; но если бы поворот являлся новым даром, то требовалось бы овладение, и потому поворот неотделенной части был бы законен. Причина здесь та, что дарение действительно под условием права поворота. Даритель, уничтожая дарение, пользуется лишь своим правом; отсюда, поворот представляется уничтожением во всех случаях, то есть происходит ли он в силу решения казия или по соглашению сторон. Другое дело — возвращение покупщиком имущества вследствие недостатков его без постановления казия, ибо это по отношению к третьим лицам считается новым договором, так как покупатель не имеет власти уничтожить договор, но имеет лишь право на получение имущества условленного качества; а при недостатке этого качества ему дозволено по необходимости уничтожить договор. Поэтому от решения казия зависит признать такое возвращение уничтожением договора по отношению к третьим лицам. Таким образом, есть существенная разница между поворотом дара и возвращением имущества вследствие недостатков его.

Даритель не обязан вознаграждать одаренного, подвергшегося ответственности по поводу дара. Если дар, будучи утрачен, окажется принадлежащим другому и одаренный удовлетворит собственника, то он не вправе получить что-либо в вознаграждение от дарителя, потому что дарение есть безвозмездный договор и одаренный не имеет права на очистку, равным образом не вправе действовать за счет дарителя. Отсюда, он не может требовать чего-либо от дарителя, несмотря на то, что стал жертвою обмана, ибо, хотя обман дает право на обратное получение вещи в возмездных договорах, но он не дает этого права в договорах безвозмездных.

Обоюдное дарение требует обоюдного овладения. Если одно лицо дарит другому что-либо под условием, чтобы этот последний подарил что-либо со своей стороны, то обращается внимание на обоюдное овладение получаемым взамен дара; то есть договор не имеет значения до совершившегося с той и другой стороны овладения и становится ничтожным при смешении одного из предметов дарения с другим имуществом. Причина здесь та, что первоначально эта сделка представляется дарением, но, по овладении с той и другой стороны, она в действительности представляет-

ся продажею: а если так, то вещь может быть возвращена вследствие недостатков, и с нею же соединено право шифат. Имамы Зуфар и Шафии утверждают, что сделка эта есть продажа как первоначально, так и впоследствии, поскольку ей присуща отличительная черта продажи, именно — предоставление имущества за вознаграждение. Во всех договорах следует обращать внимание на дух их; так что, если бы господин продал своего раба самому этому рабу, то он был бы свободен. Наши ученые доказывают, что договор этот представляется в двух видах. I. Он есть дарение по букве. II. Он есть продажа по духу. Посему следует обращать внимание на обе эти стороны, насколько это возможно. Но в рассматриваемой сделке возможно примирить обе стороны, потому что при дарении право собственности не возникает до овладения; а при продаже право собственности прекращается вследствие некоторых обстоятельств, влекущих недействительность сделки. Кроме того, из продажи возникает обязательством; и из дарения возникает обязательство после получения за него вознаграждения. Посему, с обеих точек зрения, договор считается первоначально дарением, а впоследствии — продажею. Другое дело — относительно продажи господином рабу: невозможно рассматривать эту сделку, с какой бы то ни было точки зрения, как продажу, так как раб не может быть своим же господином.

Раздел

Дарение беременной рабы заключает в себе и дарение утробного младенца. Если одно лицо дарит другому рабу и исключает младенца в ее утробе, то дарение действительно, но исключение ничтожно, ибо исключение действительно только, когда относится к такому предмету, который мог бы быть предметом сделки; а младенец в утробе матери не может быть предметом сделки, так как он является составною частью, подобно членам тела, как было объяснено в учении о продаже. Таким образом, исключение представляется недействительным условием, потому что дарение остается в силе, а исключение ничтожно. То же правило применяется в случаях брака, хуля и намеренного кровопролития; то есть если, например, кто-либо отдаст рабу в виде приданого при браке, или в виде эквивалента при хуля, или в виде вознаграждения при намеренном кровопролитии и исключит младенца в ее утробе, то сделка действительна, но исключение ничтожно, ибо ни один из этих договоров не становится недействительным вследствие включения в них недействительного условия. Другое дело — в случаях продажи, аренды или залога, ибо все договоры теряют силу вследствие включения в них недействительного условия.

Если таковой не был предварительно отпущен на волю. Если господин отпускает на волю младенца в утробе принадлежащей ему рабы, а затем подарит рабу кому-либо, то дарение действительно; так как утробный младенец не составляет собственности дарителя, то существование его не отражается на дарении подобно существованию ограничения.

Если утробный младенец предварительно сделан мудаббаром, то дарение ничтожно. Если господин делает младенца в утробе своей рабы мудаббаром, затем подарит рабу кому-либо, то дарение недействительно, потому что дитя названной рабы остается его собственностью, потому что поставление его в положении мудаббара не имеет

значения ограничения, а скорее является полным препятствием к действительности дарения, ибо, так как невозможно сделать дарение законным относительно ребенка-мудаббара, то мы имеем дело с такою же сделкою, как дарение неотделенной части или вещи, связанной с собственностью дарителя.

Дарение вещи делает все предшествующие условия относительно этой вещи ничтожными. Если одно лицо дарит другому свою рабу под условием, что он возвратит ее ему, или что он отпустит ее на волю, или сделает ее умми-валяд; или если кто-либо дарит дом под условием, что одаренный возвратит часть его; или если одно лицо предоставит другому в виде благодеяния свой дом с тем, чтобы облагодетельствованный дал ему что-либо в вознаграждение за часть дома, то такое дарение или благодеяние действительно, но присоединенное к ним условие недействительно, потому что оно противно духу или намерению договора; и ни дарение, ни благодеяние не становится недействительными вследствие присоединения к ним недействительного условия, ибо Пророк одобрил умри (пожизненное дарение), но признал условие, присоединенное к нему дарителем¹, ничтожным. Другое дело — при продаже, потому что Пророк запретил продажу под недействительным условием; недействительные условия, имея сходство с лихвою, оказывают действие в возмездных договорах, но не в безвозмездных.

Дарение долга путем условного освобождения от него недействительно. Если кто-либо, имея к другому претензию в тысячу дарагимов, скажет должнику: «Когда наступит завтрашний день, то означенная тысяча дарагимов составляют твою собственность», или: «Ты свободен от долга», или если бы он сказал: «Когда ты уплатишь мне половину этой тысячи, то другая половина составит твою собственность», или: «Ты будешь свободен от платежа другой половины», то дарение ничтожно. Это основано на том, что дарение долга должнику составляет освобождение; но освобождение имеет два значения. I. Оно есть предоставление собственности по тому началу, что долг составляет имущество, ввиду чего законоведы говорят, что «освобождение может быть устранено неприятием». II. Оно есть уничтожение, так как долг есть известное отношение, ввиду чего освобождение не зависит от принятия. Но ничто не может быть поставлено в зависимость от условия, кроме полного уничтожения, какковы развод или отпущение на волю; а освобождение не есть полное уничтожение и потому не может быть поставлено в зависимость от условия, а, напротив, представляется ничтожным.

Случай пожизненного дарения. Умри, или пожизненное дарение, остается у одаренного в течение его жизни и переходит к его наследникам, согласно вышеприведенному преданию. Умри означает дарение, например, дома на время жизни одаренного под условием возвращения дара после его смерти. Посему предоставление дома действительно без всякого вознаграждения, а присоединенное условие ничтожно, ибо Пророк утвердил дарение и отверг условие, как упомянуто выше. Кроме того, умри есть не что иное, как дарение и условие; условие недействительно, но дарение не становится ничтожным вследствие соединения с недействительным условием.

¹ Именно — условие о возвращении подаренного после смерти получившего дар.

Если одно лицо говорит другому: «Мой дом принадлежит тебе путем ракаба», то, по имамам Абу Ханифе и Мухаммаду, это недействительно. Абу Юсуф говорит, что это действительно, ибо его заявление: «Мой дом принадлежит тебе» составляет предоставление дома, а условие ракаба недействительно, ибо слова эти означают: «Если я умру раньше тебя, то мой дом принадлежит тебе», то есть он остается в ожидании смерти другого, чтобы дом был ему возвращен; поэтому ракаба имеет сходство с умри. Доводы имамов Абу Ханифы и Мухаммада в этом отношении — двоякого рода. Во-первых, Пророк утвердил умри и устранил ракаба. Во-вторых, выражение: «Мой дом принадлежит тебе путем ракаба» означает: «Если я умру раньше тебя, то мой дом принадлежит тебе», что является отсрочкою предоставления собственности и поставлением его в зависимость от смерти дарителя до наступления смерти одаренного. Все это представляется делом неизвестным и неопределенным, а потому ничтожно. Следует заметить, что слово «ракаба» происходит от «иртикаб», что означает ожидание, ибо здесь даритель ожидает смерти одаренного.

Раздел. О садака, или милостыне

Милостыня требует овладения предметом ее. Милостыня, подобно дарению, недействительна без овладения, так как она, подобно дарению, безвозмездна. Равным образом милостыня незаконна, если состоит из неотделенной части делимой вещи, по причинам, изложенным при разборе вопроса о дарении при соответствующих условиях.

И не может быть взята обратно. Поворот милостыни незаконен, ибо цель ее — получить заслугу перед Богом, и эта цель достигнута. Равным образом, если кто-либо предоставит милостыню богатому, то незаконно требовать ее обратно, по благоприятному толкованию закона, потому что иногда, давая милостыню богатому человеку, даритель может иметь в виду получить заслугу пред Богом. Если кто-либо дарит вещь бедному, то незаконно требовать ее обратно, потому что цель такого дарения — получить заслугу, и цель эта достигнута.

Разница между пожертвованием на благочестивые дела мала и милька. Если кто-либо жертвует на благочестивые дела свое имущество (мал), то пусть он передаст тот род имущества, на который обязан платить закят. Если он жертвует свою собственность (мильк), то должен отдать свое имущество. Говорят, что нет разницы между этими двумя случаями. Мы, однако, выяснили, говоря об обязанностях казия, разницу между мал и мильк. Следует заметить, что жертвователю предоставляется оставить для себя и своей семьи часть имущества, достаточную для их содержания до приобретения нового имущества. Остаток после такого удержания должен быть отдан на благотворительные дела; а по приобретении нового имущества он должен дать на благотворительные дела часть, равную тому, что им удержано на содержание его и семьи.

КНИГА XXXI

ОБ ИДЖАРА, ИЛИ НАЙМЕ

Определение терминов, употребляемых при найме. Иджара, в первоначальном смысле, означает продажу пользования, именно — продажу известного способа пользования за известную наемную плату, каковы рента или жалование. На языке закона она означает договор пользования за вознаграждение. Действительность найма не согласна с аналогиею, так как предметом договора является вещь, материально не существующая, именно — пользование, а предоставление собственности на такую вещь незаконно. Однако рассматриваемый договор действителен, потому что люди нуждаются в таких договорах. Пророк сказал: «Плати наемнику его жалованье прежде, чем пот обсохнет на его челе» и еще: «Если одно лицо нанимает другое, то пусть объявит ему жалованье, которое оно будет получать». Наемщик или арендатор называется аджиром или маваджиром, а наемник, или лицо, получающее жалование или ренту, мустаджиром.

- Глава I. Введение.
- Глава II. О времени, когда можно требовать наемную плату.
- Глава III. О вещах, отдача которых внаем незаконна, и о спорах по найму.
- Глава IV. О недействительном найме.
- Глава V. Об ответственности наемника.
- Глава VI. О найме под одним из двух условий.
- Глава VII. О найме рабов.
- Глава VIII. О спорах между наемщиком и нанятым.
- Глава IX. О расторжении договоров найма.

Глава I

ВВЕДЕНИЕ

Пользование и наемная плата должны быть специально определены. Договор найма только тогда действителен, когда в нем определены и пользование, и наемная плата, ввиду изречения Пророка: «Если одно лицо нанимает другое, то пусть объявит ему жалованье, которое оно будет получать».

Возражение. Казалось бы, судя по этому изречению, что требуется только определение наемной платы, а не пользования.

Ответ. Пользование есть предмет договора, а наемная плата — вещь, за которую оно выговорено. Но предмет есть главное в договоре, а вещь, за которую предмет договора предоставляется, — зависимое; а так как требуется определение зависимого (именно — наемной платы), то отсюда следует, что и по давню требуется определение главного. Следовательно, приведенным изречением устанавливается и необходимость определения пользования. Требуется это также потому, что неведение относительно предмета договора и вознаграждения ведет к спорам так же, как неведение относительно цены и предмета в договоре продажи.

Наемная плата (или вознаграждение) может состоять из предметов, способных служить мерилom ценности. Все, что может служить ценою, может служить и вознаграждением при договоре найма, потому что вознаграждение является здесь ценою пользования и, таким образом, тут есть аналогия с ценою купленного предмета. Независимо от сего все вещи, не могущие составлять цену (подобно вещам индивидуальным, каковы раб или платье), тем не менее могут составлять вознаграждение за наем, так как являются имущественным эквивалентом.

Объем пользования может быть определен установлением срока. Объем пользования может быть определен установлением срока, как при найме дома для жительства или аренды земли для обработки. Посему договор найма, заключенный на известное время, в каковом бы то ни было объеме, действителен, ибо при известности срока договора объем пользования в течение этого срока также известен. Это основано на том предположении, что пользование не может быть разнообразно. Когда же способы пользования предметом могут быть различны, то пользование не может быть определено простым установлением срока, как, например, в случае аренды земли на известный срок для возделывания: договор недействителен, если в нем не определен род возделывания, ибо одни способы обработки вредны для почвы, а другие безвредны. Следует заметить, что выражение: «На какой бы то ни было срок» означает, что договор действителен, заключен ли он на долгий или на короткий срок, так как срок определен, и договаривающимся часто необходим долгий срок. Если, однако, мутавали (попечитель) пожертвованного на благотворительные дела имущества отдаст это имущество внаем, то заключение договора на долгий срок незаконно для того, чтобы арендатор не получил возможности заявить свое право собственности на имущество. К найму на долгий срок относятся договоры, заключенные на срок, превышающий три года. Это положение общепринято.

Или (при найме слуг и т.п.) определением подлежащей к исполнению работы. Пользование может быть также определено установлением работы, например, когда кто-либо нанимает другого выкрасить или сшить платье, или нанимает животное для перевозки известной тяжести или для езды на нем на известном протяжении, ибо указанием платья и обозначением известного цвета и степени окраски (каково, например, однократное или двукратное погружение в растворе) в первом случае или указанием способа шитья (например, по турецкой или персидской моде) — во втором случае, или установлением веса и рода груза — в третьем случае, или протяжения пути — в четвертом случае пользование определяется вполне, следовательно, договор действителен. Кроме того, часто случается, что предметом найма бывает производство работы, как в случае найма валяльщика или портного, причем требуется,

чтобы работа была специально определена. Иногда также наем является договором о пользовании, как в случае найма домашней прислуги; и в этом случае необходимо установление срока.

Или определением и указанием в натуре. Пользование может быть также установлено определением и указанием границ его в натуре, как, например, когда одно лицо нанимает другое снести такую-то определенную тяжесть в такое-то место, ибо обозрением тяжести и места, куда она должна быть доставлена, точно устанавливается объем требуемой услуги; следовательно, договор действителен.

Глава II

О ВРЕМЕНИ, КОГДА МОЖНО ТРЕБОВАТЬ НАЕМНУЮ ПЛАТУ

Наемная плата может быть требуема только по соглашению или по окончании действия договора. Наемная плата не подлежит уплате при самом заключении договора, а право требования ее возникает в трех случаях: ее можно требовать вперед в силу предварительного соглашения, вперед независимо от такого соглашения и вследствие достижения наемщиком цели договора. Имам Шафии утверждает, что плата эта становится собственностью при самом заключении договора, потому что не наступившее еще пользование считается наступившим ввиду необходимости придать договору действительность; следовательно, действие договора (заключающееся в возникновении права собственности) устанавливается относительно предмета, противопоставляемого пользованию, именно — вознаграждения или эквивалента за него. Наши ученые доказывают, что договор найма возобновляется в каждый момент по мере продолжения пользования. Но рассматриваемый договор, как возмездный, требует, чтобы действие и вознаграждение за него были равны. А потому, ввиду необходимой отсрочки в пользовании, такая же отсрочка должна быть допущена относительно вознаграждения за пользование, то есть наемной платы, но по осуществлении пользования возникает право собственности на наемную плату для установления равенства; а равно и в том случае, когда выговорено, что плата эта выдается вперед, или когда она выдана вперед, ибо равенство требовалось ради интересов наемщика, который отказывается от своего права.

Арендатор становится обязательным платить арендную плату, когда дом и т.п. передан ему. По вступлении арендатора во владение домом он обязан платить ренту, хотя бы и не жил в доме. Так как невозможно передать пользование, то передача предмета, относительно которого установлено пользование, достаточна, потому что этим дается возможность самого пользования.

До тех пор, пока дом не будет кем-либо захвачен в незаконное владение. Если кто-либо незаконно овладеет отданным арендатору домом, то ответственность последнего за арендную плату прекращается, потому что передача дома была допущена взамен передачи пользования только потому, что ставило арендатора в возможность пользоваться домом; но когда прекращается владение домом, то прекращается и пользование; а так как, засим, договор нарушен, то не может существовать и дальнейшая

обязанность платить арендные деньги. Равным образом, если дом будет захвачен в какое бы ни было время до истечения срока аренды, то в соответствующей пропорции прекращается обязанность платежа арендных денег, так как договор уничтожается в той же пропорции.

Если в договоре не поставлено иначе, то можно требовать арендную плату за каждый день пользования. Если кто-либо отдаст внаем дом, то он вправе требовать от арендатора платежа арендных денег за каждый день пользования, потому что имелось в виду поденное пользование, и цель эта достигнута. Поэтому хозяин дома вправе настаивать на поденном расчете, если в договоре не определено время, за которое можно требовать платежа, таким, например, образом: «Арендная плата должна быть уплачена в такое-то время» или: «По истечении такого-то месяца», так как это равносильно условию о платеже наличными деньгами. То же правило применяется и к аренде земли и по той же причине.

Или наемную плату за животное (при путешествии) от станции до станции. Равным образом, если кто-либо наймет верблюда, например, до Мекки, то собственник может требовать наемную плату от станции до станции, так как при найме имелось в виду путешествовать от станции до станции. Таково мнение, впоследствии принятое Абу Ханифью. Сперва он был того мнения, что в первом случае плата должна быть внесена до истечения срока, а во втором — по окончании путешествия (и таково же учение имама Зуфара), ибо, так как цель договаривающихся составляет вся совокупность пользования в течение определенного времени или путешествия, то отсюда следует, что наемная плата не может быть исчислена на отдельные части пользования таким же образом, как если предметом договора является труд, когда, например, кто-либо нанимает портного сшить платье. Основания последнего мнения Абу Ханифы заключается в том, что аналогия требует, чтобы наемная плата ради достижения равенства уплачивалась от момента до момента. Если бы, однако, требование допускалось в каждый момент, то наемщик или арендатор постоянно были бы заняты платежами, не имея времени на что-либо другое, что было бы для них чрезвычайно неудобно и убыточно. Ввиду этого установлена граница в один день при аренде дома или земли и в один переезд — при найме животного.

Рабочий не вправе требовать что-либо до окончания работы. Рабочий не вправе требовать платежа до окончания работы, если не была выговорена плата авансом, потому что некоторая часть работы остается непереданною, ввиду чего рабочий не имеет права на заработную плату. То же правило применяется, когда рабочий работает в доме наемщика, ибо и в этом случае он не вправе требовать платы до окончания работы, так как не вся еще работа передана. Это говорится в «Хидое» об этом предмете и то же встречается в «Тижриде». Составитель «Магита» и «Кудури» равным образом упоминает об этом. Другое, однако, говорится в «Мабсуте», где постановлено: «Наемная плата подлежит выдаче по мере труда». Таким же образом истолковали закон Тимур-Таши и другие. Посему существует два мнения, как упомянуто в «Джами-Рамуз». Если было соглашение относительно платежа денег вперед, то рабочий вправе требовать уплаты до окончания работы, так как соглашение такого рода в договоре найма обязательно.

Случай найма пекаря для печения хлеба. Если кто-либо нанимает пекаря для печения в его (наемщика) доме хлеба из расчета одного кафиза муки за диргам, то пекарь не имеет права на вознаграждение до вынудения хлеба из печи, ибо до исполнения сего работа его не окончена. И если хлеб будет сожжен или выпадет из его руки и, таким образом, будет испорчен, то он не имеет права на вознаграждение. Если, с другой стороны, он вынет из печи хлеб, который затем будет сожжен или иначе испорчен не вследствие действий пекаря, то последний вправе получить вознаграждение, потому что он надлежащим образом передал хлеб наемщику в его доме. Равным образом пекарь не обязан вознаградить наемщика за убытки, так как он не виновен в каком бы то ни было правонарушении. Автор «Хидои» замечает, что изложенное здесь согласно с мнением Абу Ханифы, исходящего из мысли, что хлеб составляет поклажу в руках пекаря. По мнению обоих учеников, наемщик вправе потребовать вознаграждения, но лишь за стоимость муки; он не обязан уплатить пекарю условленную наемную плату, так как пекарь обеспечивает целостность хлеба, вследствие чего не освобождается от ответственности до надлежащей передачи хлеба наемщику, который, если ему угодно, может также потребовать вознаграждение за хлеб, уплатив за печенье его.

И повара. Если кто-либо нанимает повара для изготовления угощения, то он обязан также подать кушанья на стол, как это в обычае.

И кирпичника. Если одно лицо нанимает другое для приготовления известного количества кирпичей, то кирпичник получает право на вознаграждение, когда выставит кирпичи для просушки. Таково мнение Абу Ханифы. Оба ученика полагают, что он не имеет права на вознаграждение, пока не соберет кирпичей и не составит из них пирамид, потому что это довершает работу, а до того времени кирпичи подвержены порче. Посему собрание их аналогично вынудению хлеба из печи. Кроме того, таков обычай у лиц, нанимаемых для этой работы, а обычай принимается во внимание во всех случаях, для которых нет положительного предписания. Абу Ханифа рассуждает, что работа завершается выставлением кирпича для просушки, так как собрание его и составление пирамид составляет особую работу, как и передвижение с места на место; сообразно сему кирпичи берутся для построек с того места, где они сушатся, и никто не ожидает собрания их в пирамиды. Другое дело — до выставления их для просушки, так как тогда глина еще не отвердела; то же с хлебом, так как им нельзя воспользоваться до вынудения его из печи.

Рабочий вправе удержать вещь, над которой он работал, пока не получит удовлетворения. Всякий ремесленник, работа которого производит видимое изменение в предмете (каковы красильщик или валяльщик) вправе удержать такой предмет до получения платы за труд так же, как если бы вещь эта составляла предмет продажи. Другими словами, как продавцу дозволяется удержать проданный предмет до получения цены его, так же и в рассматриваемом случае рабочему.

И он не ответствен за действие случая в продолжение такого удержания. Если красильщик или валяльщик удержат платье для того, чтобы получить наемную плату, и платье это погибнет в его руках, то он, по Абу Ханифе, не ответствен, так как не совершает правонарушения, ибо платье после удержания, как и до него, остается по-

клажею в его руках. Но в этом случае он теряет право на получение платы за работу, потому что платье погибло до передачи. По мнению обоих учеников, платье составляет предмет ответственности до удержания и также после него; но собственник вправе или получить вознаграждение за стоимость платья перед его обработкой, в каком случае рабочий не имеет права на получение заработной платы, или получить вознаграждение за стоимость платья после обработки, в каком случае рабочий имеет право получить наемную плату.

Если работа не производит видимого изменения в предмете, то таковой не может быть удержан. Рабочий, труд которого не производит изменения в предмете (каковы лодочник, носильщик), не вправе удержать его для получения наемной платы. В этом случае предметом договора является исключительно труд, который не переходит в существо самой вещи; и в этом отношении стирка и беление платья аналогичны с переноскою его. Из этой аналогии по отношению к стирке и белению можно заключить, что слово «валяльщик» (киссар) в предыдущем примере применяется исключительно к лицу, употребляющему крахмал и т.п. материал; но когда такое лицо, очищая платье, пользуется материалом, не имеющим рыночной цены, например, водою и солнечными лучами, то оно не имеет права удержания, так как не остается ничего, что являлось бы действием его работы, ибо белизна есть природное свойство платья. Кази Хан говорит, что если валяльщик моет платье и его труд производит в нем изменение, например, посредством крахмала, то он имеет право удержания; но если он только белит платье, то относительно этого случая существует разногласие. Общепринятое учение заключается, однако, в том, что он в обоих случаях имеет право удержания, потому что белизна составляла качество, скрытое в платье и выведенное наружу его трудом. Случай этот отличается от случая поимки беглого раба, ибо лицо, поймавшее раба, вправе удержать его до получения вознаграждения, несмотря на отсутствие видимых изменений, произведенных в рабе. Причина здесь та, что грозила опасность полной потери раба, каковая опасность была устранена лицом, приведшим его обратно. Отсюда, лицо это может быть рассматриваемо как продавец раба собственнику его и потому имеет право на удержание. Изложенное здесь есть мнение трех наших ученых. Имам Зуфар утверждает, что рабочий не имеет права удержания ни в одном случае, то есть производит ли труд видимое изменение в самом предмете или нет, ибо если производит, то предмет является уже переданным наемнику, так как результат труда неразрывно смешан с его собственностью; но право удержания неизбежно прекращается после передачи. С другой стороны, наши ученые доказывают, что рабочий, смешивая результат своего труда с собственностью наемщика, действовал лишь по необходимости, ибо иначе не было бы возможности исполнить работу. Это обстоятельство не доказывает, что рабочий имел намерение совершить передачу, а потому принадлежащее ему право удержания не прекращается таким же образом, как если при продаже покупатель вступает во владение товаром без согласия продавца, в каком случае право последнего на удержание проданного до получения условленной цены не прекращается.

Рабочий, если договор ограничивается его работою, не вправе употреблять для работы других лиц. Если наемщик договаривается с рабочим о том, чтобы он сам исполнил работу, то рабочий не вправе употребить для работы другое лицо, так как пред-

мет договора составляет работа этого лица, а не другого, и потому право наемщика связано именно с его работою таким же образом, как право лица, нанимающего место или вещь, связано с пользованием именно тем местом или вещью. Если не выговорено, чтобы рабочий сам исполнил работу (как если бы кто-либо сказал портному: «Приготовь это платье»), то он вправе нанять другое лицо для исполнения работы, потому что наемщик имеет право лишь на портняжную работу, которая может быть исполнена тем или другим портным так же, как платеж долга может быть учинен самим должником или другим лицом.

Раздел

Случаи, в которых (по неизбежной случайности) договор не может быть вполне исполнен. Если одно лицо нанимает другое сходить в Бассору и привести оттуда его семью, согласно сему нанятое лицо сходит в Бассору, там один из членов семьи окажется умершим, а посланный приведет обратно остальных членов, то он получает право на все вознаграждение за путешествие в Бассору и на вознаграждение за обратное путешествие пропорционально числу приведенных членов семьи. Так как он исполнил часть договора, а не целый, то имеет право на вознаграждение, пропорциональное тому, что он совершил, и право его уничтожается пропорционально тому, чего он не совершил. Автор «Хидой» замечает, что это основано на том, что полное вознаграждение было условлено за привод известного числа членов семьи, вперед определенного, ибо иначе следовало бы уплатить полное вознаграждение. Кроме того, правило это применяется лишь тогда, когда издержки по приводу семьи сокращаются вследствие смерти одного из ее членов; если издержки по этой причине не уменьшаются (например, если умерший, хотя и не взрослый, но был уже способен путешествовать пешком), то посланный имеет право на полное вознаграждение.

Если кто-либо нанимает другого снести в Бассору письмо и принести ответ, посланный сходит в Бассору, а там окажется, что лицо, к которому письмо адресовано, умерло, посланный придет обратно и возвратит письмо, то он не имеет права на вознаграждение. Таково мнение обоих учеников. Имам Мухаммад говорит, что он вправе получить обыкновенную плату за проезд в Бассору, ибо, отправившись туда, он исполнил часть договора, именно — обязанность отправиться в Бассору; вознаграждение же полагалось за путешествие, соединенное с трудом, а не за перенос письма. Оба ученика доказывают, что условие было о доставлении письма, потому что в этом заключается цель путешествия (имеется в виду сообщение содержания письма адресату) или потому что перенос письма составляет лишь средство к достижению этой цели. Поэтому право на получение вознаграждения зависит от доставления письма; но при возвращении посланным письма договор нарушается, следовательно, право на вознаграждение прекращается. Если, однако, в рассматриваемом случае посланный оставит письмо в Бассоре и возвратится, то имеет право на вознаграждение за путешествие в Бассору, как полагают все наши ученые, ибо здесь часть условленного исполнена.

Если одно лицо нанимает другое снести кому-либо пшеницу в Бассору, нанятый снесет туда пшеницу, а лицо, которому она предназначалась, окажется умер-

шим, посланный принесет ее обратно и возвратит наемнику, то он не имеет права на вознаграждение, по мнению всех наших ученых, так как не исполнил того, в чем обязался. Иначе (по имаму Мухаммаду) в случае с письмом, ибо здесь предметом договора являлось путешествие.

Глава III

О ВЕЩАХ, ОТДАЧА КОТОРЫХ ВНАЕМ НЕЗАКОННА, И О СПОРАХ ПО НАЙМУ

Дом или лавка могут быть отданы внаем без положительного указания цели найма. Законно отдавать внаем дом или лавку для жительства в них, хотя бы и не было упомянуто о цели найма. Так как очевидную цель найма составляет проживание в доме, то и следует предположить, что наем последовал для этой цели; проживание же не может быть разных родов. Посему такой договор действителен и арендатор волен заниматься в доме каким угодно делом.

Если только пользование наемщика не сопряжено с ущербом для здания. Однако кузнец, валяльщик или мельник не должны проживать в доме, так как это, очевидно, было бы убыточно для хозяина, ибо занятие их ремеслами расшатало бы здание. Посему, хотя в данном случае договор безусловен, но все же подразумевается то ограничение, что пользование не должно быть сопряжено с ущербом для здания.

При аренде земли арендатор вправе пользоваться дорогою и водою. Законно брать в аренду землю для возделывания, так как для этой цели обыкновенно и пользуются землею. Арендатор вправе также пользоваться землею. В этом случае арендатор вправе также пользоваться дорогою, ведущею на нанятый участок, и водою (то есть водяными сооружениями), хотя бы о том не упоминалось в договоре, ибо земля арендуется с целью пользоваться ею, каковая цель не может быть достигнута без права пользования дорогою и водою. Посему право это подразумевается, хотя бы при заключении договора о нем не упоминалось; в противоположность случаю продажи, при которой право пользования дорогою и водою должно быть особо выговорено, так как цель продажи составляет приобретение собственности, а не временное пользование, ввиду чего можно продать детеныша ослицы или селитряные залежи, но не отдать их внаем.

Но аренда недействительна, если не указана цель ее. Аренда земли недействительна, если не указана цель ее, так как земля арендуется не только для возделывания, но и для иных целей, какова постройка и т.п. Кроме того, и посев может быть различный, так как некоторые растения созревают быстро, а другие требуют для созревания долгого времени. Посему требуется, чтобы предмет договора был определен для избежания спора между арендатором и хозяином или чтобы хозяин земли заявил: «Я отдаю землю в аренду с тем, чтобы арендатор пользовался ею как ему угодно», в каковом случае хозяин положительно предоставляет на волю арендатора тот или другой способ пользования, а потому устранена неопределенность, могущая повести к пререканиям.

По истечении арендного срока земля должна быть возвращена в первоначальном виде. Если кто-либо арендует пустопорожнее место для возведения постройки или насаждения, то это законно, так как с этой целью земля обыкновенно берется в аренду. Однако по истечении срока аренды арендатор обязан снести постройки или деревья и вернуть хозяину землю в первоначальном виде, потому что дома и деревья не имеют определенной границы существования, и если бы они были оставлены на земле, то это могло бы причинить ущерб хозяину ее. Другое дело, когда земля арендуется для засева и срок аренды истекает раньше времени созревания посеянного. В этом случае зерно должно быть оставлено на земле, с платою пропорциональной наемной платы, до созревания; так как время, необходимое для дозревания посева, известно, то возможно примирить интересы обеих сторон. Напротив, в случаях насаждения деревьев и возведения построек невозможно принять во внимание интересы обеих сторон, и потому арендатор обязан снести свои деревья или постройки, если собственник земли не согласится уплатить ему стоимость их, в каком случае право собственности переходит к хозяину земли (такой переход не может, однако, иметь место без согласия собственника земли или деревьев, за исключением случая, когда снесение построек или деревьев сопряжено с ущербом для земли: в этом последнем случае хозяин земли вправе уплатить вознаграждение и взять постройки или деревья без согласия арендатора). Если хозяин земли не согласится оставить деревья или постройки на земле, то они остаются собственностью арендатора, а земля — собственностью землевладельца; так как право удаления построек и деревьев принадлежит землевладельцу, то он волен и отказаться от этого права. В «Джами-ус-Сагире» говорится, что если срок аренды истек, а земля занята стручковыми плодами или другими садовыми растениями, то таковые должны быть удалены. Так как время существования их неограниченно, то случай этот аналогичен с случаем насаждения деревьев.

Наемщик по безусловному договору вправе предоставить пользование нанятым предметом другому лицу. Наем животного для возки или езды законен, так как животные употребляются для возки тяжестей и для езды. Если животное нанято вообще для верховой езды, то наемщик может позволить кому угодно ездить на животном, так как способ езды ближайшим образом не определен. Но после того, как наемщик или сам ездил на животном верхом или позволил другому ездить на нем, он не вправе посадить на животное еще кого-либо, ибо тогда действительный предмет договора представляется уже установленным. При том же каждый по-своему ездит верхом, посему первоначальной ездой как бы устанавливается самый род езды, для которой животное нанято. Равным образом, если кто-либо берет напрокат платье для ношения без ограничений, то он вправе или сам носить его, или дать носить другому лицу; но, надев его сам или позволив надеть другому лицу, он уже не вправе отдать платье еще кому-либо.

Но в ограниченном договоре всякое отступление относительно способа пользования делает наемщика ответственным за нанятый предмет. Если кто-либо отдает внаем животное с тем, чтобы на нем ездил известное лицо, или отдает напрокат одежду с тем, чтобы ее носило известное лицо, а наемщик посадит на животное другое, кроме указанного, лицо или даст одежду для ношения другому лицу и животное или одеж-

да будут испорчены, то наемщик ответствен. Так как люди различно ездят верхом и носят платье, то указание известного лица действительно, следовательно, наемщик не вправе отступить от этого указания. То же правило применяется во всех случаях, в которых имеет значение личность пользователя; другими словами, если лицо, отдающее внаем, ограничивает способ пользования, то так оно и должно быть; и если наемщик отступит от ограничения, то он ответствен в случае порчи предмета.

Разве предмет будет такого рода, что не может пострадать от отступления. Однако земля и иные предметы, на которых не отражается личность пользователя (каковы шатер или беседка), не ограничиваются в пользовании упоминанием известной личности; следовательно, наемщик вправе пустить, кого вздумает, пользоваться ими, потому что ограничение имеет значение лишь для устранения различных результатов пользования. Но пользование лиц, ремесло которых может нанести вред строению (каковы кузнецы и т.п.), не подразумевается.

Или само отступление не может нанести вреда предмету. Если кто-либо нанимает животное для перевозки тяжести, а лицо, отдающее внаем, определяет род и количество груза, как, например, если оно говорит: «Ты навьючишь его пятью кафизами пшеницы», то наемщик может навьючить его одинаковым количеством предмета, столь же удобного для перевозки, как и пшеница, каковы ячмень или семена репы, так как все предметы этого рода включены в позволение, данное по договору. Но наемщик не вправе нагрузить животное предметом, более неудобным для перевозки, чем пшеница (какова, например, соль), ибо на это не было согласия хозяина животного.

Если кто-либо нанимает животное для перевозки известного количества бумажной пряжи, то он не вправе навьючить на животное равное количество железа, так как весьма вероятно, что перевозка железа сопряжена с большим неудобством для животного, чем перевозка пряжи, по той причине, что железо главным образом давит на одно место спины животного, между тем как пряжа давит равномерно на все части спины.

Превышение меры пользования влечет соответствующую ответственность в случае происшедшего от того ущерба. Если кто-либо наймет животное для переноски известного количества пшеницы и нагрузит на него большее количество и животное погибнет, то он ответствен пропорционально превышению веса. Так, например, если кто-либо нанимает животное для переноски десяти кафизов пшеницы и навьючивает на него пятнадцать кафизов и животное погибнет, то в этом случае он ответствен за третью часть стоимости животного. Объясняется это тем, что животное погибло как от того, что было дозволено наемщику, так и от того, что не было ему дозволено; посему, так как причиной гибели был весь груз, то ответственность разделяется пропорционально между обеими сторонами; сообразно сему на дозволенную часть веса не насчитывается вознаграждения, а только на недозволенную. Если, однако, наемщик навьючил животное сверх меры, которую оно в состоянии нести, то он ответствен за всю стоимость; он не вправе был так действовать, ибо это не в обычае.

Всадник, сажающий на животное второго всадника, ответствен за половину стоимости животного. Если кто-либо нанимает животное для собственной езды и поса-

дит на животное, позади себя, другое лицо и животное погибнет, то он ответствен за половину стоимости. При этом не обращается внимание на вес всадников, так как лицо, не умеющее ездить верхом, может повредить спину животного, хотя бы лицо это имело мало веса, в то время как искусный всадник сидит легко на спине лошади, хотя весит много. Кроме того, человек не есть предмет, измеряемый весом, почему вес его не может быть удостоверен. Вследствие сего следует обращать внимание на число всадников так же, как при правонарушениях против лица обращается внимание на число правонарушителей; другими словами, если одно лицо случайно нанесет кому-либо десять ран, а другое лицо — одну рану, и раненый умрет, то оба в равных частях обязаны уплатить пеню за кровь. Изложенное здесь предполагает, что животное в состоянии носить двух всадников, ибо в противном случае наемщик ответствен за всю стоимость животного, как в случае с пшеницей. Следует также заметить, что правило это применяется как к взрослым, так и к малолетним, способным самостоятельно ездить верхом; но если наемщик посадит сзади себя малолетнего, не способного ездить верхом самостоятельно, то случай здесь тот же, как при навьючивании животного, и наемщик ответствен только пропорционально добавочному весу.

Наемщик ответствен за гибель животного, происшедшую вследствие дурного обращения с ним. Если кто-либо наймет животное для верховой езды и дергает за недоуздок или бьет животное, последствием чего будет его смерть, то он, по Абу Ханифе, ответствен за всю стоимость животного. Оба ученика утверждают, что он не ответствен, когда только дергает за недоуздок или бьет животное, насколько это делается обыкновенно, ибо при заключении договора подразумевается право на все обычные действия, и потому случай здесь тот же, как если бы он делал это по положительному разрешению собственника. Абу Ханифа доказывает, что разрешение собственника ограничено условием безопасности, так как животное может быть управляемо без дергания за недоуздок и ударов, каковые являются излишними и недозволенными. Посему пользование ограничено условием безопасности так же, как путешествие по большой дороге.

При найме или ссуде животного ответственность возникает вследствие уклонения от предписанного пути. Если кто-либо нанимает животное съездить в известное место (например, в Медину), затем свернет с пути, отправится в другое место, возвратится с животным в Медину и животное околеет, то он ответствен за него. То же правило применяется и относительно животного, взятого в ссуду. Некоторые говорят, что рассматриваемый случай предполагает, что животное нанято лишь для путешествия в Медину (а не туда и обратно), в каковом случае наемщик фактически не обязан возвратить животное собственнику; но когда оно нанято для путешествия туда и обратно, то наемщик находится в таковом же положении, как поклажеприниматель, который сперва нарушит обязанности, связанные с принятием поклажи, а затем станет сообразовываться с ними, в каковом случае он не ответствен за поклажу. Другие, напротив, говорят, что правило безусловно и что, следовательно, ответственность возникает в том и другом случае. Есть существенная разница между наемщиком или заемщиком и поклажепринимателем: последнему поручается хранение поклажи, и поручение это остается в силе и после того, как поклажеприниматель прекратит нарушение и станет поступать сообразно со своими обязанностями, воз-

вратившись к роли представителя собственника. Между тем наемщику или заемщику хранение вещи поручается только в зависимости от пользования ею, а не само по себе, следовательно, по прекращении пользования они перестают быть представителями собственника, почему и не освобождаются от ответственности по возвращении в Медину. Это мнение общепринято.

Обмен седла на другое седло того же рода не влечет за собою ответственности. Если кто-либо наймет осла с седлом и наденет на него другое седло того образца, которое обыкновенно надевается на ослон, то он не ответствен, если осел погибнет, потому что, когда седло приспособлено к животному, то предполагается, что на употребление его последовало разрешение собственника; ограничение же полезно на случай, когда употребленное седло тяжелее указанного в договоре: в этом случае, если осел погибнет, то наемщик ответствен соразмерно разнице в весе.

Если нет разницы в весе; в противном случае возникает ответственность, пропорциональная излишку в весе. Если, напротив, наемщик наденет на осла седло такого образца, который обыкновенно не употребляется для езды на ослах, то он ответствен за всю стоимость; согласие собственника на такое действие не может быть предполагаемо, и наемщик, поступая так, действует против условий договора.

Если самый род седла различен, то возникает ответственность за всю стоимость осла. Если кто-либо нанимает осла с седлом и наденет на животное вьючное седло такого образца, который не употребителен для этой цели, то он ответствен за всю стоимость животного по причине, указанной в предыдущем примере; в этом случае к его ответственности представляется даже больше оснований, так как вьючное седло не принадлежит к одному роду с верховым седлом и притом тяжелее последнего. Равным образом, если он наденет на осла вьючное седло, обыкновенно надеваемое на это животное, то, он, по Абу Ханифе, ответствен за всю стоимость. Оба ученика утверждают, что он ответствен только в размере превышения веса вьючного седла над верховым. Когда вьючное седло принадлежит к числу тех, которые обыкновенно надеваются на это животное, и вес вьючного седла и верхового одинаковы, а собственник согласен на замену одного другим, то наемщик ответствен пропорционально излишку в весе первого седла над вторым. Излишек представляет здесь аналогию с случаем, когда лицо, отдающее животное внаем, определяет количество пшеницы, которое подлежит нагрузке, а наемщик нагрузит большее количество. Абу Ханифа доказывает, что вьючное седло не принадлежит к одному роду с верховым седлом, так как вьючное седло употребляется для перевозки тяжестей, а верховое — для езды верхом. Поэтому наемщик, надевая на осла вьючное седло, поступает противно своему соглашению с собственником животного, вроде того, как лицо, нанявшее животное для перевозки пшеницы и навьючившее на него железо.

Носильщик не становится ответственным вследствие несущественного отклонения от предписанного пути. Если кто-либо наймет носильщика снести меру пшеницы в известное место по указанному пути, а он пойдет по другой проезжей дороге и утратит пшеницу, то он не ответствен; а если он доставит пшеницу в целости к месту назначения, то имеет право на получение наемной платы. Это предполагает, что дороги незначительно разнятся, ибо в таком случае ограничение одною из дорог бесполез-

но. Когда, однако, разница между дорогами значительна и избранный носильщиком путь опасен, извилист или труднопроходим, то носильщик ответствен за утрату пшеницы, потому что в этом случае ограничение полезно и, следовательно, действительно. Следует заметить, что имам Мухаммад не делает этого различия, но говорит, что носильщик не ответствен, когда понесет груз по другой дороге, если только она в общем пользовании, ибо, если только обе дороги протоптанные, то нет видимой между ними разницы. Если, напротив, он понесет груз по непрохожей дороге и груз утратился, то он ответствен за стоимость его, так как носильщик действовал против данных ему указаний. Если, однако, он доставил пшеницу в целости в место назначения, то вправе получить наемную плату, ибо, доставив пшеницу, он устранил последствия уклонения от предписанного пути, и цель достигнута.

Соединенное с ущербом уклонение от предписанного возделывания арендованной земли подвергает арендатора пропорциональной ответственности. Если кто-либо арендует землю для посева пшеницы, а посеет клевер, то он ответствен пропорционально причиненному почве ущербу, потому что возделывание некоторых видов злаков сопряжено с большим ущербом для почвы, чем возделывание пшеницы, так как они требуют более влаги и корни их больше распространяются в земле. Поэтому арендатор действует против соглашения с хозяином земли, так как он совершил акт, более вредный для почвы, чем тот, который был указан собственником. Но если последний требует вознаграждения, то он не имеет права на арендную плату, потому что арендатор в этом случае, ввиду не согласного с договором действия, является незаконным владельцем.

Портной, отступающий от указаний заказчика, ответствен. Если кто-либо передаст портному сукно, поручая ему сделать из него пираган, наподобие длинной рубахи, за известное вознаграждение, а он сделает наподобие каббы, или короткого камзола, то заказчик вправе или получить от портного вознаграждение за свое сукно, или принять каббу, уплатив ему соответствующее вознаграждение за труд, которое, однако, не должно превышать первоначально условленного вознаграждения. Это — согласно «Захири-Риваята». Некоторые говорят, что пираган — это та же кабба, или однобортный камзол. Другие, напротив, утверждают, что пираган не означает только однобортный кафтан, так как его носят безразлично во все времена года. Передают, как мнение Абу Ханифы, что собственник сукна должен получить от портного вознаграждение и не имеет права выбора, потому что кабба есть платье, по покрою совершенно отличное от пирагана, ввиду чего портной находится в положении незаконного владельца. Основание учения, изложенного в «Захири-Риваяте», заключается в том, что кабба в одном отношении является пираганом, так как при случае употребляется вместо последнего, а в другом отношении не есть пираган. Таким образом, тут представляется и сходство, и несходство, следовательно, собственник имеет право выбора между получением вознаграждения за стоимость сукна (в каком случае сукно переходит в собственность портного) и получением каббы с уплатою портному соответствующего вознаграждения; необходимо лишь соответствующее вознаграждение, потому что портной не исполнил своего обязательства во всех частях, и оно не должно превышать размера первоначально условленного вознаграждения, как это принято во всех случаях недействительности найма.

Если кто-либо передает портному одежду, поручая ему переделать ее в каббу, а он переделает ее в штаны, то, по мнению некоторых, собственник должен принять вознаграждение и не имеет права выбора ввиду различного употребления обоих видов платья. Несомненно, однако, что собственник имеет право выбора между получением вознаграждения за стоимость платья или принятием штанов с уплатою соответствующего вознаграждения за труд, потому что пользование, а именно — прикрытие наготы, одно и то же для обоих видов платья. И случай здесь тот же, как если кто-либо скажет меднику: «Сделай мне чашу из этой меди», а медник сделает медное блюдо.

Глава IV

О НЕДЕЙСТВИТЕЛЬНОМ НАЙМЕ

Недействительное условие лишает договор найма силы. Наем становится недействительным, если поставлен в зависимость от недействительного условия, так же, как и продажа, потому что наем заменяет продажу, и договор найма может быть расторгнут таким же образом, как договор продажи.

Но в этом случае уплачивается соответствующее вознаграждение за труд не свыше условленной наемной платы. Когда наем недействителен вследствие недействительности условия, следует уплатить соответствующее вознаграждение за труд не свыше условленной платы; другими словами, из условленного по договору и соответствующего труду вознаграждений уплачивается меньшее. Имам Зуфар утверждает, что следует уплатить соответствующее вознаграждение, каков бы ни был его размер, так как он усматривает аналогию между этим случаем и недействительной продажей, при которой стоимость предмета должна быть уплачена независимо от размера ее. Наши ученые рассуждают, что в основание оценки пользования может быть положен лишь договор, заключенный для удовлетворения человеческой потребности, вследствие чего в действительном найме степень пользования измеряется необходимостью. Так как, однако, недействительный наем обсуждается по соображению с договором действительного найма, то он имеет отношение к действительному договору и, следовательно, относительно него принимается в соображение то, что обыкновенно платится при действительном найме, то есть пропорциональное труду вознаграждение. Но так как стороны в случае недействительного найма согласились относительно определенной наемной платы, то отсюда следует, что они, определяя сумму платежа, согласились уступить разницу между этою суммою и пропорциональным вознаграждением, когда последнее превышает первую. Поэтому уплате подлежит условленная сумма. Если эта сумма выше суммы пропорционального вознаграждения, то излишек ее не подлежит уплате, так как и само определение этой суммы было недействительно. Иначе при недействительной продаже: так как предмет продажи может быть оценен сам по себе, то нет необходимости обращаться к договору для определения его стоимости. Но эта стоимость есть главный предмет; поэтому, если определение цены действительно (как в случае действительной продажи), то действительность сообщается и выговоренной цене; если же, напротив, определение цены недействи-

тельно (как в случае недействительной продажи), то принимается в расчет действительная стоимость предмета, а не условленная цена его.

Договор, заключенный без указания срока действия, прекращается по наступлении первого срока платежа. Если кто-либо нанимает дом с условием «платить дирхам каждый месяц», то такой договор действителен на один месяц, но не действителен на последующие месяцы, если не определено число месяцев, в течение которых договор должен действовать. Доказательства этого положения основаны на значении слов арабского языка. Следует заметить, что так как рассматриваемый договор действителен только на один месяц, то хозяин и наемщик могут расторгнуть договор к концу месяца, ибо к этому времени действительный договор представляется исполненным и оконченным. Поэтому, если арендатор по истечении первого месяца остается в доме на одну только секунду, то договор остается в силе на второй месяц и хозяин не вправе выселить его до окончания этого месяца (то же правило применяется относительно каждого месяца, в начале которого арендатор продолжает жить в доме), потому что, когда арендатор продолжает жить в доме следующий месяц, то договор представляется возобновленным по соглашению сторон. Это основано, однако, только на аналогии и принято некоторыми из наших позднейших ученых. По «Захири-Риваяту», право расторгнуть договор остается за обеими сторонами до окончания первого дня следующего месяца, ибо, если принимать в расчет первый момент месяца, то ввиду краткости времени невозможно будет осуществить право расторжения договора.

Правила относительно годовой аренды. Если кто-либо арендует дом на год с платою двенадцати дарагимов, то это законно, хотя бы и не было упомянуто об арендной плате за каждый месяц в отдельности. Так как весь срок аренды известен безраздельно, то случай здесь тот же, как и при найме на один месяц, каковой наем действителен, хотя бы и не было упомянуто об арендной плате за каждый день. Следует заметить, что если начальный день годового срока указан (как, например, когда арендатор говорит: «Я беру этот дом на год с первого дня месяца раджаба»), то аренда начинается с этого дня. Если, напротив, начальный срок не указан, то аренда начинается со дня заключения сделки, потому что все сроки равны относительно найма, и потому аренда в этом отношении походит на обет. Другими словами, если бы кто-либо дал обет, что «он не станет говорить с таким-то лицом в течение (например) месяца», то исполнение обета начинается с момента произнесения его, так как все сроки равны относительно обетов. Так и в рассматриваемом случае. Следует также заметить, что если договор найма заключен в первый день месяца, то все последующие месяцы года считаются с новолуния, так как это есть первоначальное основание времяисчисления. Если, напротив, договор заключен по прошествии нескольких дней от начала месяца, то договор, по Абу Ханифе, считается заключенным на триста шестьдесят дней, и в этом смысле, в одном случае, высказался Абу Юсуф. По имаму Мухаммаду и другому мнению Абу Юсуфа, первый месяц считается по дням и дополняется из следующего месяца, а остальные месяцы считаются каждый с новолуния, потому что исчисление по дням допускается исключительно вследствие необходимости, каковая существует лишь для первого месяца. Абу Ханифа доказывает, что после дополнения первого месяца известным числом дней второго месяца, и

этот последний необходимо должен быть исчисляем по дням, и так далее, с начала до конца года, как и в отношении иддата; другими словами, если развод имеет место в середине месяца, то месяц должен считаться по дням. Так и в рассматриваемом случае.

Вознаграждение полагается и цирюльникам. Банщики и цирюльники имеют право на вознаграждение: первые — потому, что таков неизменный обычай между всеми мусульманами платить им вознаграждение, и Пророк сказал: «Что является добром в среде мусульман, то является добром и перед Господом»; последние — потому, что Пророк уплатил вознаграждение лицу, совершившему над ним операцию ставления рожков. Это есть известное вознаграждение за известную услугу и потому представляется законным.

Но нет вознаграждения за случку кобыл и т.п. Не полагается вознаграждения за случку животных, то есть за сведение самца для совокупления с самкою, потому что Пророк сказал: «Сиб-ти принадлежит к числу запрещенных предметов», а под сиб-ти подразумевается вознаграждение за случку лошади и т.п.

Ни за исполнение какой-либо религиозной обязанности. Незаконно принимать вознаграждение за приглашение народа к молитве, или за совершение паломничества, или за исполнение обязанностей имама, или за преподавание Корана или закона. Существует общее правило у наших ученых, что нельзя принимать вознаграждение за исполнение чисто религиозной обязанности. По имаму Шафии, дозволено получать плату за исполнение религиозной обязанности, не возлагаемой на наемника божескими правилами, так как это является лишь принятием вознаграждения за известную услугу; а так как перечисленные выше акты не предписаны наемнику, то, следовательно, можно получать за них вознаграждение. Доводы наших ученых по этому предмету — двоякого рода. Во-первых, Пророк сказал: «Читай Коран, но не принимай за это вознаграждения»; он же разъяснил Осману бин-Аббасу, что если он будет назначен муэzziном (лицом, призывающим к молитве), то не должен принимать жалованья. Во-вторых, когда совершается акт благочестия, то он совершается исключительно по побуждению действующего лица (вследствие чего обращается внимание на его дееспособность), следовательно, он не вправе получать вознаграждение от другого, как и в случаях поста или молитвы. Сверх того, преподаватель Корана способен научить другого лишь при существовании в ученике необходимых качеств, именно — способности и послушания, следовательно предпринимает вещь, совершение которой не от него зависит, что представляется недействительным. Некоторые из наших современных ученых считают, однако, законным получение вознаграждения за преподавание Корана в настоящее время, так как распространилось равнодушие к религии, вследствие чего, если бы не дозволялось платить за преподавание священных книг, то обучение таковым в наше время пришло бы в упадок. В этом смысле постановляются решения.

Ни за пение и плач. Незаконно получать вознаграждение за пение и плач¹ или тому подобные публичные зрелища, так как это является принятием вознагражде-

¹ Плач над умершим (плакальщиц, занимающихся этим в виде ремесла).

ния за действия преступного характера, каковые не могут быть предметом возмездного договора.

Наем неопределенных предметов. Наем неопределенной вещи недействителен, по Абу Ханифе, если наемщиком является не совладелец. Оба ученика утверждают, что такой договор действителен, и согласно сему постановляются решения. (Это правило главным образом применяется к таким случаям, когда, например, кто-либо отдает внаем часть своего дома другому лицу или свою долю в доме, составляющем общую собственность, внаем не совладельцу). Оба ученика доказывают, что неопределенная часть способна стать предметом пользования (ввиду чего должна быть выдана пропорциональная наемная плата), и передача таковой возможна или путем уступки собственником своей доли арендатору, или путем соглашения о владении эту долю попеременно. Здесь тот же случай, как если бы он отдал свою долю в аренду одному или двум совладельцам, что является законным; следовательно, здесь имеется сходство с случаем продажи. Абу Ханифа рассуждает, что так как собственник отдает внаем предмет, который он не в состоянии передать, то сделка недействительна. Это объясняется тем, что передача неопределенной части чего-либо неудобопонятна, потому что она не может совершиться с одной стороны без овладения с другой стороны; а овладение, как осязаемый акт, может иметь место лишь относительно определенного предмета. Что касается уступки пользования, то она рассматривается как передача, потому что равносильна предоставлению — акту, посредством которого достигается возможность овладения. Что касается, с другой стороны, попеременного владения, то таковое может быть установлено лишь в силу права собственности на пользование, являющегося последствием договора найма. Так как последствие должно следовать за причиной, то отсюда вытекает, что попеременное владение следует за исполнением договора найма; но возможность передачи есть условие договора, а так как условие должно предшествовать обуславливаемому, то отсюда следует, что возможность передачи должна предшествовать договору найма. Однако вещь, следующая за чем-либо, не может быть рассматриваема как предшествующая, и отсюда, попеременное владение, следующее за договором, не может быть рассматриваемо как передача. Когда, напротив, арендатором является совладелец, то пользование всем предметом становится собственностью арендатора, следовательно, ни одна часть того, чем он владеет, не может быть названа неопределенной. Равным образом разница в природе пользования (так как частью имущества он пользуется как собственник, частью — в силу арендного договора) не вредит арендатору. Независимо от сего незаконен также наем неопределенного предмета у совладельца. Другое дело — в случае привходящей неопределенности, так как таковая не дает повода к спору. (Привходящая неопределенность бывает, когда одно лицо отдает вещь внаем двум лицам и один из арендаторов умрет; или когда два лица отдают вещь внаем одному лицу и один из собственников умрет, в каковом случае наем остается в силе в отношении доли другого и, по «Захири-Риваяту», не становится недействительным по той причине, что возможность передачи требуется не ввиду существования договора, а ввиду обязанности передачи; обязанность эта существует в начале, а не впоследствии, почему возможность передачи не является условием продолжения силы договора). Другое также дело, когда вещь отдана внаем двум лицам: в этом случае пе-

редача целой вещи установлена, после чего возникает неопределенный раздел ввиду того, что право собственности каждой стороны особое.

Наем кормилицы. Законно нанимать кормилицу для кормления ребенка за известное вознаграждение, ибо Господь сказал в Коране: «Если они кормят твоих детей, то вознагради их». Таков был обычай во времена Пророка, равно как до и после него. Некоторые говорят, что договор найма в рассматриваемом случае есть договор об уходе за ребенком, причем обязанности этого ухода (именно — надзор и кормление молоком) составляют принадлежность договора, как цвет в договоре окраски платья. Другие утверждают, что договор здесь составляет соглашение о кормлении молоком, а надзор составляет принадлежность договора, следовательно, если бы нанята была коза для кормления ребенка молоком, то никакого вознаграждения не полагалось бы. Однако первое мнение более согласно с законом, потому что договоры найма заключаются не для потребления и израсходования какого-либо имеющегося в наличности предмета, как, например, когда кто-либо нанимает корову для пользования ее молоком, что незаконно, как будет показано ниже. Ввиду изложенного рассматриваемый договор действителен, если только наемная плата определена, причем договор этот рассматривается как наем лица для ухода за ребенком.

Законно нанимать кормилицу для ребенка взамен пищи и платья, как полагает Абу Ханифа, по благоприятному толкованию закона. Оба ученика утверждают, что это незаконно; так как вознаграждение неопределенно и неизвестно, то мы имеем здесь тот же случай, как если бы женщина была нанята испечь хлеб взамен пищи и одежды. Абу Ханифа доказывает, что в данном случае неопределенность не порождает споров, так как в обычае кормить кормилиц обильно, чтобы возбудить нежность и заботливость к ребенку. Случай этот походит на продажу меры пшеницы из целой кучи ее, каковая продажа законна, хотя продавец вправе дать пшеницу из какой угодно части кучи, так как неопределенность в этом отношении не порождает споров. Другое дело — при найме женщины для печения хлеба и т.п.: здесь неопределенность может повести к пререканиям. В «Джами-ус-Сагире» сказано, что если нанята кормилица за пищу и одежду, причем даны указания относительно рода и покроя платья и времени выдачи его и определено известное число дарагимов на харчи, а затем даны будут вместо денег съестные припасы, то это представляется законным, по мнению всех, так как в этом случае нет неведения. Или если определены съестные припасы и указаны количество и качество их, то и это законно по той же причине, и в этом случае не требуется определения времени для выдачи съестных припасов, так как предметы, измеряемые мерами веса и емкости, когда они определены, становятся предметом долга, а долг иногда уплачивается немедленно, а иногда — через известный промежуток времени, как и цена, состоящая в деньгах. По Абу Ханифе, следует, однако, указать место передачи съестных припасов, когда передача эта сопряжена с расходами (по переноске и т.п.). Оба ученика, напротив, утверждают, что необходимости в том нет, как было разъяснено в отделе о продаже. Другое дело — относительно платья: требуется указание не только места, но и времени передачи и количества, потому что платье не считается предметом долга, за исключением случая продажи саям. Как в этом случае требуется немедленный пла-

теж, так в случае найма кормилицы за платёе требуется указание на немедленную передачу такового, равно на качество и количество его.

Наемщик не вправе запретить мужу кормилицы иметь с нею половые сношения, так как они составляют право мужа, которое наемщик не властен уничтожить; муж же, если не был извещен о договоре в момент его заключения, может расторгнуть таковой для предохранения своего права. Однако наемщик может запретить мужу кормилицы иметь с нею половые сношения в своем доме, так как власть его в доме исключительна. Равным образом, если вследствие этих сношений кормилица окажется беременною, то опекуны ребенка вправе расторгнуть договор, если только явится опасение за здоровье ребенка от употребления молока кормилицы, что весьма вероятно; и по той же причине они вправе расторгнуть договор, когда кормилица заболевает. Кормилица обязана также готовить пищу ребенку, разжевывая ее, и избегать, во исполнение своей обязанности, употребления такой пищи, которая может оказать вредное влияние на ее молоко. Словом, во всех делах этого рода следует иметь в виду обычай там, где нет положительного предписания закона. Поэтому исполнение всех обычных работ (каковы стирка белья ребенка, приготовление ему пищи и т.п.) лежит на обязанности кормилицы. Съестные припасы должны быть, однако, доставляемы отцом. Что касается замечания имама Мухаммада о том, что «кормилица обязана доставлять масло и благовонные вещества», то это согласно с куфическими обычаями.

Если кормилица кормит ребенка козьим молоком в течение срока найма, то она не имеет права на вознаграждение, так как не исполнила своей обязанности кормления его молоком из своих грудей, ибо кормление молоком козы не есть уход, но лишь кормление молоком. Посему она не имеет права на вознаграждение как не исполнившая принятого по договору обязательства.

Договор найма, по которому вознаграждение подлежит уплате из выработанного предмета, недействителен. Если кто-либо передает ткачу пряжу для выработки ткани, предоставляя ему получить в виде вознаграждения половину ее, то он должен получить соответствующее труду вознаграждение; и то же правило применяется, когда кто-либо нанимает осла для перевозки пшеницы, уплачивая в виде вознаграждения меру этой пшеницы. Договор недействителен в обоих этих случаях, потому что вознаграждение состоит из предмета, выработанного трудом нанятого или осла, и посему случай этот аналогичен с случаем найма для молотья, запрещенным Пророком. (Случай соглашения о молотье имеет место, когда кто-либо нанимает быка для молотья зерна за часть выработанной муки; и этот случай служит общим критерием недействительности в разных случаях найма, особенно в нашей стране). Основание запрещения в этом случае заключается в том, что наемщик не в состоянии передать вознаграждение (именно — часть ткани или перевезенного зерна). Так как получение этих предметов зависит от деятельности нанятого лица или животного, то наемщика нельзя считать способным к такой передаче единственно ввиду способности означенного лица или животного. Поэтому договор недействителен и следует уплатить соответствующее вознаграждение. Другое дело, когда кто-либо нанимает осла перевезти одну половину партии пшеницы за другую половину; в этом случае никакого вознаграждения за наем животного не полагается, так как наемщик тут же сле-

дал хозяина осла собственником половины пшеницы, как при платеже денег вперед, следовательно, пшеница составляет общую их собственность по основаниям, которые будут изложены далее. Следует заметить, что когда кто-либо нанимает осла для перевозки пшеницы, предоставляя меру се в виде наемной платы хозяину животного, или быка для молотья зерна, то уплачиваемое вознаграждение не должно превышать выговоренной наемной платы, ибо, так как наем недействителен, то уплате подлежит только меньшая из двух сумм (условной платы и пропорционального вознаграждения), потому что хозяин животного согласился отказаться от излишка. Другое дело, когда два лица вступают в товарищество для собирания дров и одно говорит другому: «Я возьму все дрова и уплачу тебе вознаграждение за твою часть собранных дров». В этом случае следует уплатить пропорциональное вознаграждение в каком бы ни было размере (по имаму Мухаммаду), так как не было указано никакой суммы, ввиду чего не может быть предполагается и отказ от излишка.

Совладельцы не обязаны платить друг другу наемной платы в делах, касающихся общей собственности. Если одно лицо нанимает другое принести пшеницу, составляющую общую их собственность, то вознаграждение не полагается, потому что при переносе всей этой пшеницы носильщик работает за собственный счет, ввиду чего не имеет места полная передача предмета договора.

Неопределенность в терминах делает договор недействительным. Если одно лицо нанимает другое испечь десять саа пшеницы «в этот день» за один дирхам, то договор, по Абу Ханифе, недействителен. Оба ученика в «Мабсуте», говоря о найме, утверждают, что рассматриваемый договор действителен, потому что исполнение работы (печения хлеба) составляет действительный предмет договора, упоминание же времени имеет лишь служебное значение и чтобы сделать договор действительным. Таким образом, возражение о неопределенности устраняется. Абу Ханифа доказывает, что предмет договора не определен, потому что определение времени указывает на то, что предметом договора является общее пользование или, другими словами, обязательство наемника работать в течение известного времени; с другой стороны, указание определенной работы доказывает, что именно она является предметом договора. Но общее пользование и определенная работа не могут быть соединены, ибо там, где предметом договора является определенная работа, не полагается вознаграждения за наем вообще на работу. Сверх того, так как ни одному из этих видов работы не отдается предпочтения и первый вид выгоден для наемника, а второй — для наемщика, то такого рода договор подал бы повод к спорам. Передают мнение Абу Ханифы, что когда наемщик вместо «в этот день», говорит «в течение этого дня», то наем действителен, так как предметом договора является определенная работа или урок, в противоположность случаю, когда он говорит: «В этот день»¹.

¹ Вышеизложенное основано на различии между исполнением чего-либо по общему найму и по специальному найму для одной только работы, то есть между наймом поденным и наймом на поштучную работу. Если договор изложен так, что остается не определенным, положено ли вознаграждение за поденную работу или поштучно, то он (по Абу Ханифе) недействителен, следовательно, не обращается внимание на условленное вознаграждение, а платится соответствующее вознаграждение за поденную работу.

Договор аренды земли не теряет силы вследствие предоставления арендатору права на такие действия, которые не оставляют прочных следов. Если кто-либо берет в аренду землю, выговаривая себе право пахать и обрабатывать ее или орошать и обрабатывать ее, то такой договор действителен, потому что арендатор имеет право обрабатывать землю в силу договора, а так как обработка невозможна без пахания и орошения, то он имеет право и на эти действия. Всякое другое действие этого рода составляет необходимую принадлежность договора, и упоминание о них в договоре не делает таковой недействительным. Если, напротив, арендатор выговаривает себе право вспахать землю дважды, или прорыть каналы на ней, или удобрить ее, то договор недействителен, потому что в этом случае остаются следы по истечении срока договора, что не может быть оправдано природою договора. Сверх того, условие это выгодно для одной из договаривающихся сторон, а всякое соглашение такого рода делает договор недействительным. Кроме того, собственник земли фактически становится арендатором наемщика в отношении выгод, остающихся на земле по истечении срока аренды, следовательно, договор смешивает две сделки, что незаконно. Некоторые объясняют, что пахать дважды — значит вспахать землю второй раз, по снятии урожая, и возратить ее собственнику в таком виде; а относительно недействительности в этом случае не может быть сомнения. Другие, напротив, объясняют, что это значит дважды вспахать землю и затем сделать посев. Изложенное здесь (относительно недействительности договора вследствие предоставления права пахать дважды) применяется только в случаях, когда почва по природе своей способна дать урожай после одной запашки, а срок аренды — годовой, потому что если срок аренды, например, трехгодичный, то выгода двойной вспашки теряется. Под употребленным здесь выражением каналы не следует понимать маленьких временных канав, но водяные сооружения, рассчитанные на продолжительное время, действие которых продолжается в следующем году.

Договор, по которому вознаграждение выговорено в виде предоставления тождественного права, ничтожен. Если кто-либо арендует землю для обработки и в виде вознаграждения предоставляет собственнику земли право обработки другой земли, то договор ничтожен; другими словами, он недействителен во всех частях. Имам Шафии утверждает, что он действителен. Аналогию с этим случаем представляют наем дома для жилья взамен права жительства в другом доме, взятие напрокат одежды взамен права пользования другою одеждою, наем животного для верховой езды взамен права езды на другом животном. Имам Шафии доказывает, что выгода имеет то же значение, как и материальный предмет, и по этой-то причине с наемником можно расплатиться заработанным уже жалованьем, состоящим в долгу¹, ибо если бы была разница между состоящим в долгу жалованьем и материально существующею вещью, то упомянутая сделка являлась бы обменом одного долга на другой, что представляется незаконным. Доводы наших ученых по этому предмету — двоякого рода. Кредитные сделки становятся недействительными лишь вследствие тождества

¹ То есть жалованьем, которое наемник должен наемщику за прежде исполненную последним для первого работу.

действия и эквивалента за него; а так как тождество веса и меры несущественно, то поэтому рассматриваемый договор имеет сходство с продажей в кредит платья известного рода за платье того же рода. Действительность найма основывается (в противоположность тому, что следовало бы по аналогии) на обычае и необходимости; но нет ни обычая, ни необходимости там, где выгода совершенно тождественна с обеих сторон, в противоположность тому случаю, когда выгода для той и другой стороны разнородная.

Возражение. Хотя наем одного рода взамен найма другого рода и не становится недействительным вследствие отсутствия обычая или необходимости, но он все-таки недействителен, как и продажа одного долга за другой.

Ответ. В этом случае предмет, из которого вытекает выгода, по необходимости заменяет эту выгоду; поэтому вознаграждение имеет значение цены, а отсюда, сделка представляется продажей материальной вещи за нечто нематериальное, что законно.

Случай товарищества двух лиц. Если известное количество пшеницы составляет общую собственность двух лиц и одно из них наймет другое или его осла, чтобы снести его долю в известное место, и он или осел его снесет всю пшеницу в указанное место, то он не имеет права ни на условленное, ни на пропорциональное вознаграждение. Имам Шафии утверждает, что он имеет право на условленное вознаграждение, потому что выгода имеет то же значение, как материальный предмет; а так как продажа неопределенного предмета действительна, то отсюда следует, что законно также получать вознаграждение за предоставление неопределенной выгоды. Рассматриваемый случай подобен тому, когда кто-либо нанимает строение, принадлежащее ему сообща с другим лицом, для хранения зерна или раба, составляющего общую собственность его и другого лица, для изготовления платья. Доводы наших ученых по этому предмету — двоякого рода. Во-первых, названное лицо нанимает другое для исполнения дела, существование которого не может быть понято, потому что перевозка или переноска чего-либо есть осязательный акт, который невозможен относительно неопределенного предмета, а так как договор не может быть исполнен, то отсюда следует, что никакого вознаграждения не полагается. Во-вторых, нанятое лицо есть совладелец наемщика относительно каждой частицы, которую он переносит, ввиду чего он переносит и за свой счет, следовательно, не исполняет того, к чему обязался по договору. Другое дело, когда предмет договора есть дом, состоявший в общем владении и арендуемый для хранения зерна. В этом случае предметом договора является пользование домом, а передача такового может быть достигнута без сложения в нем зерна, путем уступки его другим совладельцам.

Аренда земли недействительна, если в договоре не указана цель аренды. Если кто-либо арендует землю, не упоминая, что цель аренды состоит в обработке земли, или не указывая способов обработки, которые он думает применить, то договор недействителен, потому что земля арендуется для возделывания и для других целей, а равно она возделывается разными способами, из которых одни более, другие менее вредны для почвы. Поэтому предмет договора не определен, следовательно, договор незаконен. Если арендатор обрабатывает землю и срок аренды истечет, то собственник, по

благоприятному толкованию закона, имеет право на условленную плату. По аналогии же он не имеет на нее права (и таково же мнение имама Зуфара), потому что договор, будучи раз недействительным, не может впоследствии стать действительным. Основание к более благоприятному толкованию заключается в том, что до исполнения договора неопределенность была устранена, и потому договор становится действительным так же, как если неопределенность устраняется до заключения договора. Случай этот аналогичен тому, когда продавец и покупатель устраняют неопределенность срока платежа или передачи вещи при продаже до истечения обычного срока кредита или устраняют право выбора, предоставленное на срок свыше трех дней, до истечения этих трех дней. Если собственник и арендатор вступят в спор до начала обработки, причем арендатор изъявит желание обработать землю, а собственник запрещает ему это, то договор расторгается для предупреждения споров.

При неопределенном договоре нет ответственности за согласное с обычаем пользование нанятым предметом. Если кто-либо нанимает осла съездить, например, в Багдад, за один дирхам, не указывая, в чем будет состоять груз, и навьючит на осла такую тяжесть, какую обыкновенно грузят на него, а осел околеет, не пройдя полпути, то наемщик не ответствен, потому что нанятый предмет есть поклажа в руках наемщика, хотя договор недействителен. Если, с другой стороны, осел дойдет до Багдада, то хозяин его имеет право на условленное вознаграждение, по благоприятному толкованию законна, ибо неопределенность устранена, как и в предыдущем примере. Равным образом, если между наемщиком и собственником осла возникает спор до нагрузки животного, то договор расторгается для предупреждения споров.

Глава V

ОБ ОТВЕТСТВЕННОСТИ НАЕМНИКА

* **Разница между общим и частным наемником.** Наемники бывают двух родов: общие и частные. Общий¹ наемник есть тот, с которым заключен договор найма для производства всех тех работ, которые могут оказаться необходимыми относительно известного предмета. В этом случае нет надобности в указании какого-либо срока, и наемник не имеет права на вознаграждение или наемную плату раньше окончания принятой работы (например, окраски или беления), ибо работа является здесь единственным предметом договора, когда наемник обязуется лично исполнить ее, или результат работы — когда он не обязан исполнить ее лично. Посему он вправе предлагать свои услуги всем и каждому, так как никто не имеет исключительных притязаний на его труд; согласно этому он называется ажир муштариком, что значит общий наемник.

Предмет, переданный общему наемнику, есть поклажа. Предмет, переданный общему наемнику, составляет у него поклажу. Поэтому, если он погибнет, находясь во

¹ Арабское «муштарик» означает лицо, услуги которого доступны всем (каков ремесленник), в противоположность частному служителю.

владении наемника, то последний не ответствен, по учению Абу Ханифы; и таково же мнение имама Зуфара. Оба ученика утверждают, что он ответствен, за исключением случая гибели предмета от непреодолимой силы и неизбежной случайности, каковы пожар, уничтожающий дом наемника, нападение разбойников, не могущее быть отраженным. Из преданий об Али и Омаре явствует, что они считали общего наемника ответственным. На его обязанности лежит заботиться о целостности предмета, так как без такой заботы он не может исполнить свой труд. Поэтому, если вещь погибнет по какой-либо причине, которую можно было устранить, каковы незаконное овладение вещью или кража ее, то это доказывает небрежность наемника, и он, следовательно, ответствен подобно поклажепринимателю, который отдает поклажу внаем. Другое дело, когда предмет гибнет вследствие неустранимой причины, каковы огонь, внезапная смерть и т.п., так как в этом случае нельзя обвинить наемника в небрежности. Абу Ханифа доказывает, что вещь представляется лишь поклажею в руках наемника, владение которою не связано с ответственностью, так как наемник вступает во владение с согласия собственника; и посему, если вещь гибнет вследствие неустранимой причины, то он не ответствен; между тем, если бы владение его было соединено с ответственностью, то он во всяком случае обязан был бы уплатить вознаграждение за вещь, как и в случае незаконного овладения. Кроме того, забота о вещи лежит на обязанности наемника лишь в качестве второстепенной обязанности, а не главной, ввиду чего за эту обязанность не полагается вознаграждения. Случай этот отличается от случая отдачи поклажи на хранение за вознаграждение, ибо забота о поклаже составляет существенную обязанность поклажепринимателя, получающего вознаграждение за хранение вещи.

Но он ответствен, если вещь будет испорчена во время работы. Общий наемник ответствен в случае потери или порчи предмета во время работы. Например, когда красильщик или валяльщик разорвет вверенную ему ткань, или носильщик оступится, или лопнет ремень, к которому прикреплена тяжесть, или разорвется веревка вьючного седла, так что груз упадет на землю, или лодка пойдет ко дну вследствие неумелости лодочника. Имам Зуфар утверждает, что наемник не ответствен, потому что наемщик поручил ему работу безусловно, и посему разрешение это касается как опасных, так и безопасных операций; другими словами, операций, которые подвергают его собственности опасности и которые не могут причинить ей вреда. Посему упомянутый наемник находится в таком же положении, как частный наемник или помощник рабочего¹. Наши ученые доказывают, что разрешение наемщика не распространяется на операции, не упомянутые в договоре, и они должны быть безопасны, так как ими достигается предмет договора, именно — результат этих операций, ввиду чего, если бы результат был достигнут трудом не наемника, а другого лица, то все-таки полагается вознаграждение. Поэтому решение наемщика не распространяется на операции, сопряженные с ущербом, потому что такими операциями нельзя осуществить предмет договора. Другое дело — относительно помощника рабочего: так как он трудится безвозмездно, то его работа не может быть ограничена условием

¹ Лицо, помогающее рабочему безвозмездно.

безопасности, потому что иначе он отказался бы работать безвозмездно. Иное также дело в отношении частного наемника, как будет объяснено ниже. (Следует заметить, что в факте разорвания веревок и т.п. предполагается виновность наемника, поскольку происшествие может быть приписано его небрежности). Общий наемник ответствен за все испорченное во время работы, за исключением, однако, гибели человека при потоплении лодки или при падении с верблюда или другого животного (хотя бы несчастный случай произошел вследствие движения верблюда или лодки). В этих случаях наемник не ответствен, так как ответственность за человека не может возникнуть из договора или из чего-либо другого, исключая жинаята, или обиды против лица, в каковом случае ответственность падает не на наемника, а на его акилу, который, однако, не может быть ответственным по договору.

Если кто-либо наймет носильщика принести глиняную кружку, например, с берегов Евфрата, а он дорогою упадет и сломает кружку, то наемщик вправе или получить стоимость кружки в том месте, откуда она взята (в каковом случае носильщик не имеет права на вознаграждение), или получить то, что кружка стоила в том месте, где была разбита, уплатив носильщику соответствующее вознаграждение. В этом случае возникает ответственность, потому что причину падения кружки является или то, что носильщик оступился, или то, что разорвалась веревка, что приписывается его вине. Наемщику принадлежит право выбора, потому что, когда кружка разбита в пути, то возможны два предположения: с одной стороны, наемник виновен в правонарушении с самого начала, поскольку принесение кружки с того места, где она взята, до места назначения составляет один акт; с другой стороны, он не виновен с самого начала, так как переноска была предпринята с согласия собственника и, следовательно, до разбития кружки не было правонарушения. Поэтому собственник имеет право поступить сообразно с тем или другим основанием. Если он поступит сообразно со вторым основанием, то наемник имеет право на вознаграждение пропорциональное исполненной им для наемщика работы; по первому же основанию он не имеет права на вознаграждение, потому что, с этой точки зрения, не оказал наемщику никакой услуги.

Врач или коновал, действующие согласно обычной практике, не ответственны за случайности. Если врач совершает операцию кровопускания согласно обычной практике, то он не ответствен в случае смерти пациента вследствие этой операции. Это — согласно «Мабсуту». В «Джами-ус-Сагира» написано, что если коновал пускает кровь животному, вследствие чего оно околет, или если цирюльник ставит рабу рожки по поручению хозяина и раб умрет от этого, то никакой ответственности нет. Следует заметить, что изложенное в «Мабсуде» учение основано на мысли об ограничении совершения операции обычною частью тела, но оно не ограничено согласием стороны; между тем как учение «Джами-ус-Сагира» основано на мысли об ограничении согласием (хозяина раба или животного), но не ограничено в отношении части тела, над которою совершается операция. Поэтому каждое из этих учений дополняется другим и, следовательно, вообще требуется, чтобы операция была совершена над обычною частью тела и с согласия стороны. Закон в данном случае основывается на том, что оператор не в состоянии предупредить последствия операции, так как таковые зависят от способности пациента переносить бо-

лезнь и страдания; а так как способность эта неизвестна, то невозможно ограничить труд врача условием безопасности.

Частный наемник. Частным наемником называется тот, кто имеет право на наемную плату в силу отдачи своего труда на весь срок найма, хотя бы он не исполнил никакой работы, как, например, наем лица в качестве прислуги на месяц или наем пастуха пасти стадо в течение месяца за известное вознаграждение под условием не пасти стадо другого лица в течение этого времени. Такого рода наемник называется ажир-вагидом, или частным наемником, потому что в течение срока найма услугами его пользуется исключительно одно лицо, и жалованье, получаемое им, противоплагается этим услугам. И так как наемник имеет право на вознаграждение в силу отдачи своего труда на весь срок найма, то он получает вознаграждение, хотя бы не исполнил никакой работы или хотя бы работа его была впоследствии уничтожена, как, например, когда кто-либо нанят шить платье и сошьет его, а оно будет впоследствии распорото, в каковом случае он все-таки имеет право на вознаграждение.

Не ответствен за потерянное или испорченное им. Если вещь, отданная частному наемнику, будет утрачена без его действия, например, путем кражи или незаконного овладения, или если она будет им потеряна, то он не ответствен за нее. В первом случае он не ответствен, потому что вещь составляет поклажу в его руках, так как он вступил во владение ею с согласия хозяина. (Это, по Абу Ханифе, очевидно, и оно также согласно с мнением обоих учеников, так как они полагают, что обязательство ответственности частного наемника основано на благоприятном толковании закона для предохранения права собственности; но так как частный наемник не обязывается работать для всех желающих, то имущество, переданное ему, более сохранно; и посему закон основывается на аналогии). Равным образом он не ответствен во втором случае. Так как выгода от труда наемника составляет собственность наемщика, то отсюда следует, что когда он предписывает ему производить операции с его имуществом, то такое предписание действительно: следовательно, наемник есть его представитель, его действия суть действия самого представляемого, наемщика; ввиду сего он не ответствен.

Глава VI

О НАЙМЕ ПОД ОДНИМ ИЗ ДВУХ УСЛОВИЙ

Наем ремесленника для совершения одной из двух работ действителен. Если хозяин сукна говорит нанятому им портному: «Если ты сделаешь из этого сукна платье по персидскому фасону, то получишь один диргам, если же по турецкому фасону, то два диргама», то такой наем действителен и портной получает право на вознаграждение, смотря по тому, по какому фасону он сошьет платье. Равным образом, если наемщик скажет красильщику: «Если ты окрасишь это сукно в пурпуровую краску, то получишь диргам, если же в желтую, то два диргама», то красильщик имеет право на вознаграждение, смотря по цвету, в который он окрасил сукно.

Равно как и наем одного из двух предметов. То же правило применяется, когда собственник предоставляет на выбор наемщику два предмета, говоря ему, например: «Я отдаю тебе внаем этот дом на один месяц за пять дарагимов или тот дом — на один месяц за два диргама».

Или предоставление одного из нескольких видов пользования. И так же, если он предоставляет на выбор наемщику два различных протяжения; как если бы сказал: «Я даю тебе внаем этого верблюда до Куфы за пять дарагимов или того на полпути — за столько-то». То же, если собственник предоставляет выбор между тремя вещами; но если на выбор даются четыре вещи, то это незаконно. Во всех этих случаях следует иметь в виду продажу; другими словами, они обсуждаются на основании правил о продаже, ибо, когда кто-либо соглашается продать сукно под условием, чтобы покупатель выбрал один из двух кусков, то это законно (и так же, если покупщику предоставлено выбрать один из трех кусков); но продажа недействительна, когда покупщику разрешается выбор одного из четырех кусков. Причина этого положения заключается в том, что так как сукно бывает трех видов, хорошего сорта, худого и среднего, то выбор между этими тремя сортами в обычае, и этим удовлетворяется необходимость; но так как требование необходимости удовлетворяется выбором из числа трех предметов, то выбор из четырех предметов бесполезен. Таким же образом и при найме: необходимость требует лишь выбора между тремя предметами, обнимающими хороший, худой и средний сорта. И так как этим удовлетворяется необходимость, то и не предоставляется надобности в выборе между четырьмя предметами. Между продажей и наймом существует, однако, та разница, что продажа недействительна, если не выговорено право выбора, ибо, если кто-либо продает одного из двух рабов, то это законно лишь тогда, когда выговорено право выбора. Напротив, договор найма действителен относительно одного из двух предметов, без предоставления по договору права выбора, так как вознаграждение здесь является последствием не договора, а факта пользования или работы; следовательно, когда сторона начинает пользоваться одним из предметов, то предмет договора выясняется. Но так как в договоре продажи цена предмета уплачивается только вследствие договора, то, следовательно, здесь возникает столь значительная неопределенность, что может подать повод к спорам, если покупщику не предоставлено право выбора.

Случай найма ремесленника с альтернативным условием относительно времени. Если кто-либо говорит портному, которого нанимает: «Если ты изготовишь это платье сегодня, то получишь диргам, а если завтра, то полдиргама», то, если портной кончит работу в тот же день, получит диргам, если же окончит ее на другой день (по Абу Ханифе) — получит соответствующее вознаграждение (когда таковое не превышает полдиргама); другими словами, он получит меньшую сумму из двух упомянутых (то есть, полдиргама или соответствующего вознаграждения). В «Джами-ус-Сагире» говорится, что он имеет право на соответствующее вознаграждение в сумме не менее полдиргама и не более одного диргама. Оба ученика утверждают, что оба условия действительны и что, следовательно, если он кончит работу на другой день, то получит полдиргама. Имам Зуфар полагает, что оба приведенных условия недействительны, потому что шитье или работа портного есть одно дело, которому наемщик противопоставляет два эквивалента (именно — диргам и полдиргама) в виде вознаграждения.

ждения; посему таковое предполагается неопределенным. Основанием здесь служит то, что назначение «в тот же день» имеет целью ускорить работу, а назначение завтрашнего дня имеет в виду предоставить портному удобство. Тут нет отсрочки, ибо, если бы наемщик сказал: «Изготовь это платье к завтрашнему дню за полдиргама», то договор считается установленным, так что, если он изготовит платье в тот же день, то имеет право на полдиргама. Отсюда ясно, что назначение завтрашнего дня делается лишь для удобства, а не есть отсрочка, следовательно, два назначения соединены в один срок. Доказательства обоих учеников по этому предмету — двоякого рода. Во-первых, упоминание того же дня имеет целью установить срок, а указание завтрашнего дня имеет значение условия; следовательно, тут нет соединения двух назначений в один срок. Во-вторых, имеется в виду быстрота и отсрочка, и потому этот случай имеет сходство с назначением двух родов работы, каково шитье по персидскому и турецкому фасонам. Абу Ханифа доказывает, что назначение завтрашнего дня несомненно представляется установлением условия. Сверх того, упоминание о том же дне не может быть понято в смысле установления срока, ибо иначе договор найма был бы недействителен ввиду соединения условий и поденной и поштучной работы. Отсюда следует, что два назначения соединены при упоминании о завтрашнем дне, а не том же дне; следовательно, договор в отношении назначения того же дня действителен, ввиду чего условленное вознаграждение подлежит уплате (если работа будет окончена в тот же день); но он недействителен в отношении назначения завтрашнего дня, ввиду чего (когда работа окончена на другой день) подлежит уплате пропорциональное вознаграждение, не свыше, однако, полдиргама, так как такая сумма была выговорена, при окончании работы на другой день. Что касается приведенного в «Джами-ус-Сагире» положения, что «он имеет право на соответствующее вознаграждение в сумме не менее полдиргама и не более диргама», то основание этого положения заключается в том, что первое назначение не теряет силы на второй день, ввиду чего оба назначения связываются; поэтому следует иметь в виду оба назначения и не выходить за пределы их. Если портной окончит работу на третий день, то он получает или пропорциональное вознаграждение, или полдиргама, смотря по тому, что меньше. Это мнение общепринято, ибо, так как наемщик не был согласен отложить работу на один день, то он, очевидно, еще менее согласен отложить ее на более длинный срок.

Случай найма лавки для одного из двух назначений. Если хозяин лавки говорит лицу, намеревающемуся нанять ее: «Если ты поместишь торговца благовоными товарами в эту лавку, то плата за нее диргам, если же кузнеца — то два диргама», договор действителен и хозяин лавки имеет право на то или другое условленное вознаграждение, смотря по тому, какое из двух назначений дается лавке. Таково учение Абу Ханифы. Оба ученика утверждают, что такой договор недействителен. Равным образом, когда кто-либо нанимает дом под условием, что «если он сам будет жить в нем, то арендная плата будет один диргам, а если поместить в нем кузнеца, то плата будет равняться двум диргамам», такой договор, по Абу Ханифе, действителен, а по мнению обоих учеников — недействителен.

Или животного для того или другого путешествия. Если кто-либо нанимает животное съездить в Гиру за один диргам под условием, что если он проедет до Кадсия, то

заплатит два диргама, такой договор действителен; и в этом случае также может быть допущено вышеупомянутое разногласие.

Или для переноски того или другого груза. Если кто-либо нанимает животное съездить в Гиру под условием, что «если он нагрузит куру ячменя, то заплатит один диргам, если же куру пшеницы, то два диргама», такой договор, по Абу Ханифе, действителен. Оба ученика утверждают, что он недействителен. При этом они основываются на том, что во всех приведенных здесь примерах предмет договора не определен, равно как и наемная плата, составляя одну из двух сумм, не определена; а неопределенность ведет к недействительности. Иначе — в примере об изготовлении платья по персидскому или турецкому фасону, потому что наемная плата полагается за исполнение работы, и в этом случае неопределенность устраняется с момента начатия работы, между тем как в рассматриваемых примерах вознаграждение полагается за уступку и передачу дома или животного, ввиду чего неопределенность продолжается, потому что после передачи, если пользование еще не началось, не известно, какое из двух вознаграждений подлежит уплате (так как по началу, принятому обоими учениками, вознаграждение полагается за уступку и передачу). Абу Ханифа доказывает, что собственник предоставляет арендатору право выбора одного из двух действительных договоров различного рода, ибо проживание самого арендатора в доме не то же, что помещение в нем кузнеца; а если так, то договор действителен, как в случае изготовления платья по персидскому или турецкому фасону. Что касается положения обоих учеников, что «вознаграждение полагается за уступку и передачу», вследствие чего неопределенность продолжается, то на это можно ответить, что цель договора найма есть получение выгоды или пользование; так как эти договоры узаконены для удовлетворения потребности людей, то очевидно, что они никогда не заключаются без намерения приобрести выгоду; а при начале действия этой выгоды неопределенность устраняется. При этом, так как уступка и передача без пользования выгодами вещи (которые одни составляют цель договора) суть не главные, а второстепенные принадлежности договора, то нет необходимости устранить неопределенность в момент передачи. Если бы при договоре найма требовалось определить вознаграждение в момент передачи, то отсюда следует, что уплате подлежит наименьшее из двух условленных вознаграждений, так как обязанность платежа таковой не подлежит сомнению; поэтому наемная плата не представляется неопределенною.

Глава VII

О НАЙМЕ РАБОВ

Нанятый слуга не может быть взят в путешествие, если это право не выговорено по договору. Если кто-либо наймет раба в качестве слуги, то он не вправе взять его с собою в путешествие, если о том не условлено в договоре, ибо, так как путешествие сопряжено с новыми хлопотами, то заключенный в общих выражениях договор не распространяется на него. Поэтому отправление в путешествие составляет достаточный повод для расторжения договора найма. Ввиду этого требуется, что-

бы в рассматриваемом договоре о путешествии упоминалось особо, так же, как о поселении кузнеца или валяльщика в доме. Разница между службою на месте и во время путешествия очевидна, и потому, когда выговорена служба на месте, то другой род службы (именно — служба во время путешествия) не может быть подразумеваем.

Жалованье, уплаченное ограниченному в правоспособности рабу, нанятому без согласия хозяина, не может быть взято обратно. Если кто-либо нанимает ограниченного в правоспособности (абсолютного) раба на один месяц и уплатит ему жалованье по окончании службы, то он не вправе взять таковое обратно. Причина этого заключается в том, что наем действителен по благоприятному толкованию закона, если раб не занят другою работою. По аналогии следовало бы признать договор недействительным, так как хозяин раба не дал согласия, а раб — маджур, или ограничен в правоспособности; таким же образом, как если раб умрет до исполнения службы, в каком случае наемщик был бы ответствен за его стоимость; но он не был бы ответствен за жалованье в размере совершенного труда, так как, пользуясь рабом, является незаконным владельцем, ввиду чего в случае смерти раба он платит вознаграждение за его стоимость. И так как по уплате стоимости он становится собственником раба с момента употребления его в работу, то оказывается, что он получил выгоду от собственного раба. Посему в данном случае никакого жалованья не полагается. Причина более благоприятного толкования заключается в том, что сделка здесь может быть рассматриваема с двух сторон: во-первых, она представляется выгодною ввиду того, что раб не занят другою работою и остается в безопасности; во-вторых, она представляется убыточною ввиду того, что раб умирает до окончания службы. С первой точки зрения, рабу дозволено вступление в сделку, по аналогии с принятием дара. Поэтому договор найма действителен, а если так, то наемщик не вправе взять обратно жалованье.

Незаконный владелец раба не ответствен за заработок его в течение незаконного владения. Если кто-либо незаконным образом завладеет рабом, последний затем вступит в договор найма, а незаконный владелец получит его жалованье и истратит таковое, то он, по Абу Ханифе, не ответствен за него. Оба ученика утверждают, что он ответствен за жалованье, так как распорядился собственностью хозяина раба без его согласия (ибо договор найма действителен по изложенным основаниям). Абу Ханифа доказывает, что ответственность имеет место лишь за разрушение покровительствуемого имущества (ибо определение цены имущества имеет целью придать ему привилегированное положение). Но упомянутое жалованье не находится в привилегированном и обеспеченном положении по отношению к хозяину раба, хотя оно и находится в этом положении относительно другого, потому что упомянутое положение устанавливается только фактическим владением, делающим возможным заботливость об имуществе, каково владение собственника или его представителя. Между тем овладение со стороны раба не есть овладение хозяина его, так как сам раб находится во владении незаконного владельца и, будучи, таким образом, не способен оградить свою личность, не может оградить и свое жалованье от незаконного владельца. Если, однако, хозяин раба найдет жалованье, находящееся еще в руках незаконного владельца, то он вправе взять таковое у него, так как он в этом

случае находит свою собственность. Равным образом в рассматриваемом случае, по мнению наших трех ученых, раб вправе получить в свое владение от незаконного владельца свое жалованье, так как, если он не занят другою работою и остается вне опасности, то вправе заключить договор ввиду выгодности такового. Другое дело, когда хозяин отдает своего раба внаем. В этом случае раб не вправе получить свое жалованье, если хозяин не уполномочит его на то, потому что получение жалованья составляет одно из прав по договору.

Случай найма раба на различные сроки. Если кто-либо наймет раба на два месяца с тем, чтобы он служил один месяц за четыре диргама и один месяц — за пять даратимов, то это законно, и наемная плата за первый месяц составит четыре диргама, потому что следует признать, что месяц, упомянутый сначала, есть тот, который непосредственно следует за заключением договора; иначе договор был бы недействителен, так как в него оказался бы включенным неопределенный ближайший месяц, что было бы незаконно. Притом же факт найма доказывает, что наемщик имеет непосредственную надобность в услугах раба, ввиду чего должно допустить, что упомянутый месяц непосредственно следует за заключением договора ради удовлетворения потребности наемщика, а если так, то и под вторым месяцем должно разуметь тот, который непосредственно следует за первым.

Случай, когда нанятый раб скроется до окончания срока найма. Если кто-либо наймет раба на один месяц за диргам и вступит во владение рабом в начале месяца, а к концу месяца, когда раб скроется или захворает, наемщик и хозяин раба вступят в спор, причем первый станет утверждать, что раб скрылся или захворал в начале месяца, а хозяин раба — что он скрылся или захворал незадолго до конца месяца, то следует верить заявлению наемщика. Если, с другой стороны, наемщик представит раба, находящегося в то время налицо и не больного, то должно верить заявлению наемщика; так как спор сторон касается сомнительного обстоятельства, то должно отдать предпочтение заявлению, подкрепленному фактическими данными. Начало, на котором закон в этом случае основывается, можно найти при рассмотрении случая течения и застоя мельничного ручья. Если арендатор мельницы спорит с хозяином ее относительно течения ручья в продолжение срока найма¹, то вера дается заявлению той стороны, в пользу которой говорят фактические данные². Если, напротив, они спорят относительно неисправного течения, как, например, когда арендатор говорит, что ручей не имел течения десять дней, а хозяин — пять дней, то следует верить заявлению арендатора или доказательствам, представленным хозяином.

¹ При чем арендатор утверждает, что ручей вовсе не протекал и что, следовательно, мельница бездействовала в течение всего времени.

² То есть если в момент этого заявления ручей течет, то следует верить хозяину мельницы; в противном же случае — арендатору.

*Глава VIII***О СПОРАХ МЕЖДУ НАЕМЩИКОМ И НАНЯТЫМ**

В случаях спора с ремесленником относительно данных ему указаний следует верить заявлению заказчика. Если между портным и хозяином сукна возникает спор, причем последний станет утверждать, что «он поручил портному сделать верхнее платье», а портной — что «хозяин сукна поручил ему сделать подштанники»; или если подобный спор возникает с красильщиком и собственник сукна станет заявлять, что он поручил красильщику «окрасить сукно в желтый цвет», а красильщик — что собственник «поручил ему окрасить сукно в красный цвет», то в обоих случаях должно верить заявлению хозяина сукна, так как от него исходят приказания. Причина этого заключается в том, что как если бы хозяин сукна стал отрицать первоначальное приказание¹, не признавая договора найма, то его заявлению дана была бы вера; таким же образом заявлению его дается вера и тогда, когда он оспаривает содержание приказания. Он, однако, должен дать присягу, так как отрицает обстоятельство, которое, если бы оно было им признано, обязывало бы его перед портным. После дачи заказчиком присяги портной становится ответственным, то есть хозяин сукна волен или получить стоимость сукна, или принять подштанники и заплатить портному соответствующее вознаграждение за труд. Равным образом в случае окраски после дачи заказчиком присяги он вправе или получить стоимость неокрашенного сукна, или принять окрашенное сукно, уплатив красильщику соответствующее вознаграждение не свыше стоимости, потому что красильщик, действуя против указаний заказчика, находится в положении незаконного владельца.

Равно как и в случае спора относительно вознаграждения. Если возникает спор между хозяином сукна и красильщиком, портным или другим ремесленником, причем хозяин сукна станет утверждать, что «ремесленник согласился исполнить работу без вознаграждения», то этому заявлению следует верить, несмотря на заявление ремесленника, что «он работал за вознаграждение», потому что оба отрицают, что была положена какая-либо цена за труд ремесленника (что могло бы быть достигнуто лишь путем договорного соглашения), а равно отрицают и ответственность или, другими словами, состояние в долгу наемной платы; а заявлению ответчика (подкрепленному присягою) следует верить. Абу Юсуф утверждает, что если ремесленник постоянно работал на хозяина сукна и последний всегда определял ему плату за труд, то он имеет право на соответствующее работе вознаграждение; но если он не работал постоянно на собственника сукна, то не имеет права на какую-либо плату по тому основанию, что лишь предшествующие примеры могут служить оправданием при требовании вознаграждения и устанавливают размер его в данном случае. Имам Мухаммад говорит, что если ремесленник обычно работал за вознаграждение, то заявлению его следует верить, потому что, коль скоро он открывает мастерскую для занятия своим ремеслом, то это заменяет положительное объявление о том, что он работает за воз-

¹ То есть стал бы отрицать, что он когда-либо давал приказание (об окраске или шитье сукна).

награждение, ибо видимые обстоятельства равносильны такому объявлению. Следует заметить, что изложенное здесь мнение Абу Ханифы основано на аналогии, ввиду того, что хозяин сукна является в роли ответчика. С другой стороны, мнение обоих учеников основано на благоприятном толковании закона. На их утверждение можно ответить, что видимые обстоятельства могут быть достаточны для отказа в иске, но они недостаточны для установления иска; другими словами, если кто-либо предъявляет иск, то этот иск может быть отклонен на основании видимых обстоятельств, но таковые не могут составлять доказательства или устанавливать данные в пользу истца; а в данном случае иск должен быть установлен. Шейх-уль-ислам замечает, что решения постановляются согласно мнению имама Мухаммада.

Глава IX

О РАСТОРЖЕНИИ¹ ДОГОВОРОВ НАЙМА

Договор аренды дома распространяется вследствие недостатков его. Если кто-либо наймет дом, а затем откроет в нем недостаток, делающий жительство в нем невозможным, то он вправе расторгнуть договор. Договор был заключен ради получения выгоды, и так как эта цель продолжает существовать в течение всего времени найма, то отсюда следует, что обнаруженный недостаток дома существовал раньше осуществления предмета договора, хотя и проявился после вступления в пользование домом; таким же образом, как если в товаре возникает недостаток до перехода его во владение покупателя. Если, однако, наемщик присвоит себе выгоду (то есть будет пользоваться домом), то он изъявляет согласие на допущение недостатка, и в этом случае обязан уплатить все вознаграждение (именно — арендную плату), как и при продаже. Равным образом, если хозяин дома исполнит все необходимое для устранения недостатка, то наемщик не может расторгнуть договор, так как основание к такому расторжению устранено.

Или вследствие ветхости, а аренда земли — вследствие иссякания источников ее, аренда же мельницы — вследствие остановки мельничного ручья. Если дом приходит в ветхость, или источники орошения земли высыхают, или мельничный ручей останавливается в своем течении, то арендный договор теряет силу. В этих случаях предмет договора (именно — выгода пользования) разрушен до окончания владения; и посему случай здесь тот же, как если товар погибнет до перехода владения или нанятый раб умирает. Некоторые из современных наших ученых полагают, что договор найма не расторгается, потому что выгода нарушена таким образом, что может быть восстановлена. Поэтому случай здесь тождествен с тем, когда раб умирает после покупки, но до передачи его; а так как договор продажи не теряет силы, то и договор аренды не расторгается. Передают мнение имама Мухаммада, что если собственник устранит недостаток посредством ремонта дома, то арендатор должен исполнить до-

¹ Арабские «фисх» — дословно «разломание».

говор, равно как и собственник. Отсюда следует заключить, что договор не расторгается. Но он все-таки расторгается.

Но если мельница служит для какого-либо употребления, то полагается пропорциональное вознаграждение. Если мельничный ручей остановится в своем течении, а мельничное строение может быть приспособлено для какого-либо иного употребления, кроме молотья, то арендатор должен платить арендную плату, пропорциональную пользе, извлекаемой из строения, так как таковая составляет часть предмета договора.

Договор найма теряет силу вследствие смерти одной из договаривающихся от своего имени сторон. Если одна из договаривающихся сторон умрет, а наемщик вступил в договор за свой счет, то договор теряет силу, ибо если бы договор оставался в силе, то оказалось бы, что право пользования или получения наемной платы принадлежит лицу, не участвовавшему в договоре, именно — наследнику (так как оно перешло бы от умершего к его наследнику), что незаконно. Кроме того, в отношении собственника пользование принадлежащим ему имуществом составляет предмет договора; а так как вследствие его смерти имущество это переходит к наследнику, то отсюда следует, что договор найма прекращается ввиду утраты его предмета, ибо перемена в праве собственности все равно, что перемена в самой вещи. Напротив, в отношении наемщика или арендатора, если бы договор после его смерти оставался в силе, то это могло бы быть только в силу того начала, что наследник заменяет его личность. Но пользование домом не может быть предметом наследования без самого дома, потому что наследование есть правопреемство, которое может иметь место лишь по отношению к предмету, существующему в оба момента, то есть сперва в виде права наследодателя, а затем — в виде права, перешедшего к наследнику. Так как наследование не может иметь места относительно пользования, то договор найма неизбежно теряет силу. Другое дело, когда кто-либо вступает в договор найма за чужой счет, в качестве представителя, исполнителя чужой воли или попечителя вакфа. В этом случае договор не теряет силы, так как, если договорившаяся сторона умрет, то договор переходит к тому, за чей счет он заключен, и последний, следовательно, согласно такому толкованию закона становится стороною в договоре.

Он может быть заключен под условием права на односторонний отказ. Условие о предоставлении права одностороннего отказа действительно в договоре найма. Имам Шафии утверждает, что условие это недействительно, потому что, если бы право это было предоставлено наемщику, то он не в состоянии возратить полученный по договору предмет в целостности, так как часть этого предмета утрачивается; если, с другой стороны, право отказа предоставлено хозяину имущества, то для него невозможна полная передача; а в обоих случаях предоставление права отказа незаконно. Наши ученые доказывают, что договор найма принадлежит к числу торговых договоров, в которых не требуется, чтобы передача совершалась при самом возникновении договора¹; и потому в него может быть включено условие о праве отказа, так же, как и в договоре продажи. Причина действительности такого условия в договоре продажи

¹ В момент и на месте заключения договора.

существует и в договоре найма. На утверждение имама Шафии можно ответить, что утрата части предмета договора не препятствует возвращению его, в противоположность случаю продажи, где утрата части предмета препятствует возвращению такового по условию об отказе вследствие недостатка. Причина этого заключается в том, что при продаже полное возвращение предмета по условию об отказе вследствие недостатков его представляется исполнимым, а при договоре найма оно неисполнимо; посему полное возвращение требуется в первом случае, но не во втором. Кроме того, ввиду невозможности полного возвращения при найме наемщик может быть принужден к вступлению во владение, если хозяин имущества передает таковое, когда часть договоренного срока уже истекла; другими словами, когда кто-либо наймет дом, например, на год, а хозяин дома передаст его лишь спустя месяц, то наемщик не имеет права отказаться от принятия дома на остальное время договора.

Договор теряет силу вследствие наступления какого-либо достаточного для расторжения договора основания. Договор найма теряет силу при наступлении к тому предлога¹, по мнению наших ученых. Имам Шафии утверждает, что он теряет силу только вследствие недостатка или порока, ибо, так как выгода заменяет материально существующий предмет (ввиду чего договор, имеющий предметом такую выгоду, действителен), то случай этот имеет сходство с продажей. Наши ученые доказывают, что выгода составляет здесь предмет договора, а так как он не может быть предметом овладения, то предлог при договоре найма представляет сходство с пороком или недостатком товара, существовавшим до передачи его покупщику, в каком случае договор продажи уничтожается, так как продавец не может исполнить его, не терпя или не причиняя ущерба, не предусмотренного договором; та же причина имеет место относительно договора найма.

Обстоятельства, дающие предлог к расторжению договора найма. Если лицо, страдающее зубною болью, наймет врача выдернуть зуб и боль прекратится, или наймет повара для приготовления брачного угощения, а затем отвергнет невесту по ее желанию, то договор найма теряет силу, ибо в противном случае наемщик понес бы ущерб, не вытекающий из договора. То же правило применяется, если кто-либо нанимает лавку, а затем все его имущество будет утеряно.

Если кто-либо отдает внаем дом или лавку, а затем обеднеет и войдет в долги, которые он может уплатить лишь продав дом или лавку, то казий должен расторгнуть договор найма и продать строение для уплаты долга, потому что при продолжении силы договора собственник дома терпит ущерб, не предусмотренный договором и состоящий в том, что казий подвергнет его заключению за долги, так как он не может знать, правду ли говорит должник, заявляя, что «это его единственное имущество». Из выражения: «Казий должен расторгнуть договор найма» можно вывести заключение о необходимости постановления казия; об этом же упоминается в «Зидаде», в том месте, где говорится о предлоге к расторжению договора ради платежа долга. С другой стороны, имам Мухаммад в «Джами-ус-Сагире» говорит: «То, что,

¹ Что означает всякое обстоятельство, которое делает невозможным исполнение договора без причинения той или другой стороне ущерба, не предусмотренного в договоре.

по моему описанию, является предложом, может вести к прекращению найма», откуда можно заключить, что нет надобности в особом постановлении казия. Так как предлог при найме есть то же, что недостаток в товаре до передачи его, то, следовательно, договорившаяся сторона может сама расторгнуть договор. Основание изложенного в «Зиадате» мнения заключается в том, что так как относительно предлога к уничтожению найма существует разногласие, то необходимо, чтобы казий постановил определение и сделал расторжение договора обязательным. Некоторые из ханифитских ученых пытаются примирить оба мнения, утверждая, что если предлог очевиден (каковы долги), то нет необходимости в постановлении казия; если же он не очевиден, то постановление казия должно сделать его таковым.

Если кто-либо нанимает животное для путешествия, а затем что-нибудь воспрепятствует отправлению его в путешествие, то это составляет предлог, ибо, если бы договор остался в силе, то он понес бы ущерб, так же, как если кто-либо собирается совершить паломничество и пропустит удобное время, или отправляется в поиски за своим должником, а этот явится сам, или соберется в путешествие с торговою целью, но до отправления обеднеет. Если, напротив, препятствие к путешествию возникает для макара¹, или лица, отдающего животное внаем, то это не служит предлогом, так как он может, если не захочет сам отправиться, послать животное под надзором своего рабочего или ученика. Равным образом, если макар захворает так, что не в состоянии будет отправиться в путешествие, то, по «Мабсуту», это не есть предлог. Кархи того мнения, что это является предлогом, так как посылка рабочего не совсем гарантирует от ущерба; поэтому договор устраняется в случае неизбежной необходимости, например, при болезни, но не в случае произвола контрагента, если он здоров.

Если кто-либо отдает внаем своего раба, а затем продаст его, то это не есть предлог, потому что он не терпит ущерба при сохранении за договором силы, а лишь утрачивает право на наемную плату, что не относится к рассматриваемому ныне случаю.

Если портной наймет рабочего для шитья, а затем впадет в несостоятельность и ликвидирует дела, то это есть предлог, ибо если бы договор оставался в силе, то портной терпел бы ущерб, так как его средства утрачены. Следует заметить, что здесь идет речь о портном, ведущем дело за свой счет, ибо весь капитал портного, нанимающегося на работу, заключается в его игле, нитках и ножницах, вследствие чего он не может стать несостоятельным. Если портной, нанявший помощника, пожелает отказаться от занятия портняжным ремеслом и стать менялою, то это не составляет предлога, так как в его власти посадить нанятого им в каком-либо месте его лавки для занятия шитьем, в то время как он сам может заниматься разменом денег в другой части лавки. Другое дело, когда лицо, нанявшее лавку для занятия портняжным ремеслом, пожелает заняться каким-либо другим ремеслом: это составляет предлог, потому что (как сказано в «Мабсуте») одно лицо не может заниматься двумя ремес-

¹ Макаром называется лицо, занимающееся отдачею внаем лошадей, верблюдов и т.п.

лами. В случае же найма портным помощника мы имеем дело с двумя лицами, которые, следовательно, могут заняться двумя ремеслами.

Если кто-либо наймет слугу для городской службы, а затем отправится путешествовать, то это есть предлог, так как здесь может быть речь об ущербе, ибо служба в дороге тяжелее, поэтому, если бы слуга отправился в дорогу, то он терпел бы ущерб; или если бы, с другой стороны, наемщик принужден был отказаться от путешествия, то невыгода была бы на его стороне, а так как ни тот, ни другой договором не обязываются нести ущерб, то, очевидно, рассматриваемое обстоятельство является предлогом. То же правило применяется, если бы наем слуги совершен был бы в общих выражениях, например, если бы наемщик сказал ему (или его собственнику, если он раб): «Я нанимаю тебя (или твоего раба) служить мне», не указывая, имеется ли в виду служба на месте или в дороге, так как уже было упомянуто, что наем ограничивается службой на месте.

Если кто-либо отдает в аренду землю, а затем соберется в путешествие, то это не есть предлог, ибо арендатор или наемщик и после отъезда собственника земли могут извлечь из нее выгоду. Если, напротив, арендатор соберется в путешествие, то это есть предлог, ибо оставление договора в силе должно или воспрепятствовать путешествию, или заставить арендатора платить арендную плату без пребывания на участке, что представляется убыточным.

Раздел. Разные случаи

Арендатор земли или ссудоприематель не ответственны за случайности при выжигании жнива и т.п. Если кто-либо арендует или получает в ссуду землю и, выжигая гиссад, или жниво и корни, случайно сожжет что-нибудь на земле соседа, то он не ответствен. Создав причину разрушения, он не виновен в правонарушении: он находится в таком же положении, как лицо, проводящее ров у себя¹. Некоторые говорят, что правило это применяется только тогда, когда он выжигает жниво во время затишья, а ветер поднимается впоследствии; если же зажжет его в ветреную погоду, то он ответствен, так как должен был предвидеть, что огонь распространится за пределы его владения.

Ремесленник может войти в товарищество с другим за половину заработной платы. Если валяльщик, портной или красильщик, имеющий открытую лавку и обладающий кредитом, но не искусный в своем ремесле, поместит в своей лавке лицо, искусное в ремесле, с тем, чтобы доставлять ему материал для работы под условием дележа заработной платы пополам, то это законно и действительно, так как составляет ширкати-вуджух, или товарищество в вере, ибо при доставлении хозяином лавки, пользующимся кредитом, материала для работы и при исполнении работы другим лицом достигается цель обоих. При этом неизвестность относительно срока не вредит, ибо он должен сообразоваться с тем, что приобретено.

¹ Лицо, проводящее ров на большой дороге или в другом месте, доступном народу, обязано уплатить пеню, если кто-либо убится, упав в ров, но лицо, проводящее ров в своем доме или на своей земле, не ответственно.

Наем верблюда для перенесения носилок с двумя лицами. Если кто-либо нанимает верблюда для перенесения в Мекку носилок с двумя лицами, то это законно, по благоприятному толкованию, и наемщик вправе поместить на верблюда носилки обыкновенных размеров. По аналогии следовало бы признать такой договор недействительным (и таково учение имама Шафии), так как носилки по длине, ширине и весу бывают различны, и эта неопределенность может повести к спорам. Причина более благоприятного толкования закона заключается в том, что намерение наемщика касается только передвижения его на верблюде, а род носилок имеет второстепенное значение. Кроме того, неопределенность устраняется предположением, что носилки должны быть такие, какие обыкновенно употребляются, чем устраняется и спор. То же правило применяется, хотя бы собственник верблюда не видел покрывала и других принадлежностей. Лучше, однако, если он посмотрит носилки и т.д., так как этим путем устранится неизвестность и несомненно установится его согласие.

Вьючный верблюд может быть нагружен другими предметами по мере удаления прежних. Если кто-либо нанимает верблюда для носки провизии во время путешествия, то он вправе в течение всего времени путешествия нагружать на верблюда другие предметы по мере потребления провизии, ибо, наняв верблюда для носки определенного груза во время путешествия, он вправе выючить на верблюда полный груз. То же правило относится и к другим, кроме провизии, предметам, если только они принадлежат к числу измеряемых мерами веса или емкости.

Возражение. Не в обычае навьючивать на животное во время путешествия дополнительный груз взамен потребляемой провизии; а так как безусловный договор должен обсуждаться на основании того, что обычно, то отсюда следует, что незаконно нагружать на животное другие предметы взамен потребленной провизии.

Ответ. Обычай допускает также замену, ибо в некоторых случаях в обычае пополнять недостаток в потребленном предмете, например, недостаток воды, а где обычай разнообразен, лучше, относительно безусловных договоров, действовать соответственно потребности.

КНИГА XXXII

О МУКАТАБАХ

Определение терминов. Китабат в буквальном смысле означает раба, покупающего свою личность у хозяина за сумму, имеющую быть уплаченной из его (раба) заработков, как изложено в «Джами-ус-Сагире». (Из некоторых мест настоящего сочинения явствует, что китабат буквально означает соединение). На языке закона слово это означает эмансипацию раба относительно права владения и действия (другими словами, предоставления и приобретения права собственности) в момент заключения договора, а относительно его личности — с момента уплаты им вознаграждения за китабат.

- Глава I. Введение.
- Глава II. О недействительном китабате.
- Глава III. О действиях, разрешаемых и не разрешаемых мукатабу.
- Глава IV. О лице, заключающем китабат относительно раба.
- Глава V. О китабате рабов, составляющих общую собственность.
- Глава VI. О смерти или несостоятельности мукатаба и о смерти его хозяина.

С отменой рабства эта книга утратила значение, а потому перевод ее пропущен.

КНИГА XXXIII

О ВИЛЯ

Определение термина. Виля буквально означает помощь и дружбу. На языке закона этот термин означает ту взаимопомощь, которая является причиной наследования.

Виля бывает двух видов: итакат и мавалат. Виля бывает двух видов. I. Виля итакат (виля отпущения на волю, называемая также виля ниамит, виля благодеяния или милости), поводом к которой служит отпущению на волю со стороны собственника (по «Риваяти-Сахиха»), ввиду чего, если кто-либо станет собственником своего родственника по праву наследования, то такой родственник свободен, и его виля предоставляется наследнику. II. Виля мавалат (виля взаимной дружбы, или союзничества), основанием которой служит договор мавалата (взаимной дружбы). Ввиду того, что основанием первого вида служит отпущение на волю, а второго — договор взаимной дружбы, они, по их основаниям, называются виля отпущения на волю и виля взаимной дружбы. Обоим видам присуща характеристическая черта помощи; а так как у арабов было в обычае всячески помогать друг другу и Пророк называл такую взаимопомощь виля для обоих видов, то он говорил о них безразлично: «Они имеют в своей среде лиц, соединенных виля», а также: «Они имеют в своей среде халифов» (присяжных союзников). Под последним подразумевается отношение мавла мавалата, так как арабы имели обыкновение подкреплять договоры мавалата, или взаимной дружбы, клятвою.

Виля раба принадлежит его освободителю, который становится ответственным за пени, налагаемые на раба, и получает право на наследование после него. Если хозяин отпускает на волю своего раба, то ему принадлежит виля его (раба), потому что Пророк сказал: «Виля раба принадлежит лицу, отпускающему его на волю».

Два последствия вытекают из отпущения на волю: 1) ответственность за дийят, или пенья за кровь, причиною каковой ответственности является помощь, оказываемая и получаемая при отпущении на волю; и 2) наследование, потому что эмансипатор дал жизнь вольноотпущеннику, устранив его рабство, следовательно, наследует после него. Сверх того, отпущение виля походит на отношение по крови при наследовании и уплате пени, так как Пророк сказал: «Родство по виля подобно родству по крови».

Возражение. Отсюда следовало бы, что и вольноотпущенный наследует после эмансипатора, когда у него нет родственников (и таково мнение Гассан-бин-Зияда); но это не так.

Ответ. Вольноотпущенный раб есть чужой по отношению к своему эмансипатору и, следовательно, не наследует после него. Притом же право эмансипатора на наследование после вольноотпущенника основано на прямом тексте Корана, в противоположность аналогии; но текст этот не может быть применен к другим случаям наследования.

Другая причина, по которой виля вольноотпущенника принадлежит эмансипатору, заключается в том, что должно быть приобретение за уступку, или, другими словами, выгода взамен потери; а так как вследствие отпущения на волю право собственности на раба теряется, то, следовательно, виля его принадлежит эмансипатору. Следует заметить, что женщина имеет право на виля своего вольноотпущенного раба так же, как и мужчина, в силу вышеприведенного предания, а также предания о вольноотпущеннике Хамзе, умершем и оставившем дочь (в то время, когда и Гамаза умерла, оставив дочь): Пророк разделил его имущество в равных частях между его дочерью и дочерью Гамазы. Необходимо также заметить, что в отношении этого правила нет разницы между отпущением на волю с вознаграждением и без вознаграждения, так как вышеприведенное предание абсолютно.

Условие об отказе от права наследования недействительно. Если кто-либо, отпуская на волю своего раба, обязывается «не требовать от него своего права», такое обязательство ничтожно, и, несмотря на него, виля принадлежит эмансипатору, потому что означенное условие противно тексту Корана и, следовательно, недействительно.

Виля раба, отпущенного на волю путем китабата, принадлежащего его хозяину. По уплате мукатабом выкупа он свободен, а виля принадлежит его хозяину, хотя бы он стал свободен после его смерти¹, потому что он освобождается вследствие договора китабата, в котором хозяин его являлся стороною, а так как мукатаб, подобно мудаббару, не составляет предмета наследования, то он, следовательно, свободен, в то время как право собственности хозяина продолжается. То же правило применяется и к рабу, получающему свободу в силу отказа, или которого завещатель поручает купить и отпустить на волю после его смерти, потому что действия душеприказчика после смерти завещателя равносильны действиям самого завещателя.

Возражение. Означенного раба нельзя считать освобожденным самим завещателем, за исключением случая, когда он составляет действительную его собственность, а он перестает быть его собственностью вследствие его смерти.

Ответ. Все имущество завещателя считается его собственностью до тех пор, пока имеется к тому основание, то есть пока исполняется его воля.

Равно как виля мудаббаров и умми-валяд. Если рабовладелец умрет, то его мудаббары и умми-валяд получают свободу, и виля их принадлежит ему², так как он отпустил их на волю, сделав мудаббарами и умми-валядами.

¹ В каком случае виля принадлежит наследникам хозяина.

² Переходя в виде наследства к его наследникам.

И рабов, эмансипированных по родству. Если кто-либо становится собственником родственника в запрещенной степени, то последний свободен и виля его принадлежит этому лицу, так как он освобожден из его собственности.

При эмансипации беременной рабы виля ее утробного младенца принадлежит эмансипатору. Если раб женится на чьей-либо рабе и она станет беременна, а затем хозяин отпустит ее на волю, то она становится свободною вместе с утробным младенцем, а виля последнего принадлежит ее хозяину и никогда не может перейти от него, потому что он эмансипировал его не как принадлежность матери, а независимо, ради его самого, как часть матери; и он может быть предметом такой эмансипации. Посему виля ребенка не может перейти от него, ибо Пророк сказал: «Виля принадлежит лицу, которое отпускает на волю». То же правило применяется, когда раба разрешится от бремени до истечения шести месяцев после отпущения на волю, ибо существование зародыша в момент эмансипации удостоверено. Правило это применяется также, если раба разрешится от бремени двумя младенцами, одним — до истечения шести месяцев, а другим — по истечении их, ибо это близнецы, зачатые от одного семени. Другое дело, когда раба, будучи беременна, вступает с кем-либо в договор мавалата, а муж ее вступает в такой же договор с другим лицом, ибо виля ребенка принадлежит хозяину отца, и младенец не может сам по себе быть стороною в договоре мавалата, так как таковой заключается посредством предложения и принятия, к чему утробный младенец не способен.

Но если она не разрешится от бремени до истечения шести месяцев со времени эмансипации, виля может перейти от него к эмансипатору отца. Если вышеупомянутая раба разрешится от бремени по истечении шести месяцев со времени эмансипации, то виля принадлежит хозяину матери, потому что ребенок свободен как принадлежность матери и потому является принадлежностью ее в отношении виля. Но так как неизвестно, существовал ли зародыш в момент эмансипации, так что он эмансипирован независимо и сам по себе, то, если затем будет эмансипирован отец, виля переходит от хозяина матери к хозяину отца ввиду того, что ребенок стал свободен не сам по себе, а как принадлежность. Другое дело, когда она родит до истечения шести месяцев, ибо в этом случае виля не переходит от одного хозяина к другому. Это объясняется тем, что виля имеет то же значение, как родство, ибо Пророк сказал: «Виля есть родственное отношение и не может быть продано, передано или унаследовано». Сверх того, как родство устанавливается на стороне отца, так же и виля. Таковая была предоставлена хозяину матери по необходимости, только ввиду неспособности отца; но раз он становится способным, виля возвращается к его хозяину, подобно тому, как ребенок присягнувшей женщины¹ по необходимости причисляется к ее семейству; но если муж ее впоследствии откажется от своих заявлений, то устанавливается родство с ним. Другое дело, когда раба отпущена на волю во время ее иддата после смерти мужа, бывшего мукатабом и оставившего имущество, достаточное для выкупа, и родит ребенка до истечения двух лет после его смерти; в этом случае виля

¹ Женщины, отверженной вследствие леана.

ребенка принадлежит хозяину матери. Так как здесь невозможно отнести зачатие к периоду, следующему за смертью отца, то оно должно быть отнесено ко времени его жизни; но зародыш существовал¹ во время его жизни, следовательно, виля его принадлежит хозяину матери, так как он эмансипировал его независимо и ради его самого. Другое также дело, когда раба эмансипирована во время иддата после развода и родит ребенка по истечении двух лет после эмансипации: и в этом случае, несмотря на то, что ее муж эмансипирован, виля ребенка принадлежит хозяину матери независимо от того, отменим или не отменим развод. Она принадлежит ему в случае неотменного развода, потому что после такого развода зачатие ребенка не может быть приписано отцу, так как сношения его с названной рабой были бы незаконны; а мы должны постоянно, насколько это возможно, предполагать действия мусульман законными. Посему зачатие ребенка относится ко времени, предшествующему разводу; и так как зародыш существовал в момент эмансипации, то, следовательно, виля его принадлежит хозяину матери, ибо он эмансипировал ребенка независимо и ради его самого. Равным образом она принадлежит ему в случае отменного развода. Так как ребенок родился от рабы до истечения двух лет, то возможно, что зародыш существовал во время развода, в каковом случае нет необходимости отменять развод для установления родства; или, с другой стороны, возможно, что зародыш не существовал во время развода, в каковом случае отмена развода существенна для установления родства; но такая отмена сомнительна. Посему ее не принимают во внимание, а зачатие относится ко времени брака; и так как зародыш существует в момент эмансипации, то ребенок эмансипируется независимо и сам по себе. В «Джами-ус-Сагире» говорится, что если раб женится на вольноотпущенной и у них будут дети, которые совершат правонарушение, то пеня падает на мавла матери, потому что дети ее стали свободны как принадлежность матери. Кроме того, отец их не составляет собственности ни акилов, ни мавла по праву эмансипации. Следовательно, они по необходимости подчиняются мавла матери, как в вышеприведенном случае присягнувшей женщины. Но если затем отец будет эмансипирован, то виля их переходит к мавла отца, как было объяснено выше. Однако мавла матери не вправе требовать от мавла отца уплаченную ими за детей пеню, потому что во время уплаты виля принадлежала им, и таковая устанавливается в лице хозяина отца только с момента его отпущения на волю, потому что основание виля, именно — освобождение от рабства, не может быть отнесено к предшествующему времени, но приурочивается к моменту эмансипации. Другое дело — ребенок присягнувшей женщины, когда семья матери уплачивает пеню за совершенное ребенком правонарушение, а затем муж откажется от своих обвинений против нее. В этом случае родство устанавливается с момента зачатия ребенка, а так как мавла матери уплатили пеню не добровольно, а по предписанию, то они вправе потребовать уплаченное обратно.

¹ То есть «ребенок существовал в виде зародыша».

Случай женитьбы перса на вольноотпущенной. Если перс¹ женится на вольноотпущенной и у них будут дети, то виля их остается у мавлов матери, была ли она эмансипирована арабом или персом. Автор «Хидои» замечает, что таково мнение имама Мухаммада, но что, по мнению Абу Юсуфа, ребенок подчиняется тем же правилам, как и отец, ибо родство его устанавливается с отцом, так же, как если бы лицо, вступающее в брак с рабой, было арабом. Другое дело, когда лицо это — раб. Так как раб рассматривается как мертвая материя, то случай здесь тот же, как если бы упомянутые дети совсем не имели отца. Доводы имамов Абу Ханифы и Мухаммада заключаются в том, что виля отпущения на волю обсуждается по строгим правилам и заслуживает внимания относительно своих последствий, так что эмансипатор-перс не равен эмансипатору-арабу. Кроме того, родство с персом слабо, так как он не обращает внимания на родословие (и на равенство семейств); а то, что слабо, не может быть противопоставляемо тому, что сильно. Другое дело, когда отец араб: родство араба крепко и принимается во внимание в отношении равенства и платежа пеней; и так как помощь, оказываемая арабами друг другу, основана на родстве или родословии, то нет необходимости обращать внимание на виля. В «Джами-ус-Сагире» изложено, что если навадсианский неправовверный вступит в брак с вольноотпущенной христианкой, а затем примет мусульманство и вступит в договор мавалата с кем-либо, впоследствии же они будут иметь детей, то виля их (по имамам Абу Ханифе и Мухаммаду) принадлежит мавлам матери. Абу Юсуф, напротив, утверждает, что виля принадлежит мавлам отца (именно — его мавла мавалату), ибо хотя договор мавалата и слаб, он все же на стороне отца, а потому упомянутые дети походят на ребенка перса и арабской женщины; другими словами, если перс женится на арабской женщине и она родит ребенка, то он принадлежит к семье отца. Так же и в рассматриваемом случае. (Это основано на том, что родство ребенка на стороне матери слабее, чем на стороне отца). Абу Ханифа доказывает, что виля мавалата слаба (вследствие чего она может быть расторгнута), между тем как виля отпущения на волю сильна (почему и не может быть прекращена), а слабое не может быть противопоставлено сильному.

Если отец и мать — вольноотпущенные, то виля их детей принадлежит семье отца. Если отец вольноотпущенный, а мать вольноотпущенная, то для ребенка устанавливается родство с семьей отца, потому что состояние обоих родителей одинаково, а родство со стороны отца имеет преимущество, ибо его покровительство сильнее.

Посредством виля отпущения на волю устанавливается право наследования. Виля отпущения на волю устанавливается ассабат², другими словами, когда кто-либо эмансипирует своего раба, то становится его ассаба³ и получает право на наследова-

¹ Арабское «аджами». Этим обозначаются не только уроженцы Персии, но вообще все чужестранцы, неарабы. Рассматриваемый здесь случай объясняется тем превосходством, которое, по притязаниям арабов, они имеют относительно привилегий над всеми другими.

² Ассабат в буквальном смысле означает связывание ветвей дерева, колосьев и т.п. В переносном значении оно выражает наследование в мужской нисходящей линии.

³ Ассаба в первоначальном смысле означает нерв или жилу быка или другого животного, которыми связывают стрелы и т.п. Слово это употребляется для обозначения первого наследника или главы се-

ние после него предпочтительно перед дядями и тетками с материнской стороны и другими родственниками с той же стороны, потому что Пророк сказал лицу, купившему раба и затем отпустившему его на волю: «Тот, кого ты таким образом отпустил на волю, есть твой брат; и если он выразит свою благодарность, тем лучше для него, но тем хуже для тебя; и если он не выразит благодарности, тем хуже для него, но тем лучше для тебя; а если он умрет, не оставив наследников, то ты его ассаба». Дочь Хамзы эмансипировала своего раба, раб умер, оставив дочь, а Пророк поставил дочь Хамзы его наследницею в качестве ассаба, то есть несмотря на то, что раб оставил дочь. Посему, если ассабат установлен на стороне эмансипатора, то он имеет преимущество пред родственниками (и таково мнение Али). Если, однако, вольноотпущенный имеет ассабов по крови, то они имеют преимущество, так как эмансипатор следует после родных со стороны отца. Это основано на том, что в вышеприведенном изречении Пророка: «Если он умрет, не оставив наследников» под последними подразумеваются наследники-ассабы, как явствует из предания о дочери Хамзы. Посему эмансипатор следует после ассабов, но не после родственников со стороны матери¹. Если, напротив, вольноотпущенный не имеет ассабов по крови, то все наследство принадлежит эмансипатору. Это — в том случае, когда нет сонаследника. Но если таковой имеется, то эмансипатор имеет право на остающееся после выдела сонаследника, потому что эмансипатор есть ассаба, согласно вышеприведенному преданию. Это основано на том, что ассаба есть тот, кто помогает и покровительствует его семье; а так как хозяин помогает своему вольноотпущеннику, то он является его ассабою. Но ассаба получает то, что остается по уплате чужих долей; посему и упомянутое лицо получает, что осталось по выделе сонаследника. И если бы раньше умер эмансипатор, а затем его вольноотпущенный, то имущество последнего перешло бы к сыновьям эмансипатора, а не к дочерям.

Женщина имеет право на виля своих вольноотпущенных и т.д., но не детей их. Женщина имеет лишь право на виля лица, которого она сама эмансипировала, или лица, которого она (вновь) освободила, или лица, которого она сделала мукатабом, или которого ее мукатаб сделал мукатабом, или лица, виля которого было перенесено² на нее вольноотпущенником, потому что таково сохранившееся в предании мнение Пророка по этому предмету. Так как власть и право владения имуществом устанавливаются в лице, отпущенном на волю женщиною, то лицо это (в отношении виля) связывается с нею; и таким же образом подчиняется ей лицо, подчиненное ее вольноотпущеннику. Другое дело — относительно родства³ (то есть виля отпущения на

ми, так как различные ветви семьи представляются им и как бы связываются его личностью. Ассабат можно бы перевести словом «наследование», а ассаба — «наследник».

¹ То есть он предшествует родственникам со стороны матери.

² Арабское «джарра», дословно — переташить. Случай перенесения виля имеет место, например, когда раб женщины женится на рабе, а затем хозяин последней отпустит ее на волю, а она родит ребенка до истечения шести месяцев после сего. Здесь виля ребенка принадлежит хозяину матери, но когда затем женщина отпустит на волю своего раба, то виля ребенка переходит к ней как к освободительнице отца.

³ Это значит, что женщина имеет право на виля своих вольноотпущенных и т.д., но не на виля их детей.

волю может быть установлена на стороне женщины, но родство не может), потому что виля устанавливается вследствие приобретения власти владеть имуществом, обусловленной эмансипацией и возникающей из нее, каковая эмансипация может исходить от женщины так же, как от мужчины; между тем родство устанавливается правильным сожительством (фираш), а право сожительства принадлежит мужу, но не жене, ибо она является приобретенным, но не приобретателем. Посему родство не может быть установлено на стороне женщины.

Имущество вольноотпущенного переходит к наследникам эмансипатора в прямой линии, а не вообще к его наследникам. Следует заметить, что имущество вольноотпущенного переходит к ассабе (наследнику в прямой линии) эмансипатора, ближайшему по родству, а не вообще к его детям; наследование не имеет места по отношению к виля, ибо в противном случае имущество вольноотпущенного перешло бы к сыновьям и дочерям эмансипатора (причем каждый сын получил бы две части, а каждая дочь — одну); между тем, это не так. Отсюда ясно, что наследование не имеет места при виля. Преемство, однако, имеет место относительно ее, но преемство может быть установлено только для лица, от которого исходит покровительство и помощь, а покровительство и помощь оказываются только мужчинами, но не женщинами. При доказанности же того, что имущество вольноотпущенного переходит к ближайшему ассабу, оказывается, что если вольноотпущенный умрет, оставив отца и сына своего эмансипатора, право виля переходит к сыну, а не к отцу (по имамам Абу Ханифе и Мухаммаду), потому что сын есть ближайший ассаба (наследник в прямой линии); и равным образом, оно перешло бы к деду хозяина, а не к брату его (по Абу Ханифе), потому что (по его мнению) дед ближе брата. Равным образом виля вольноотпущенника переходит к сыну его освободительницы, а не к ее брату, потому что сын ее ближе по линии. Если бы, однако, вольноотпущенный совершил правонарушение, то пеня за таковое пала бы на ее брата, потому что правонарушение вольноотпущенного есть правонарушение освободительницы, и брат принадлежит к числу ее родственников с отцовской стороны, сын же ее не принадлежит к их числу. Равным образом, если вольноотпущенный умрет, оставив сына своего хозяина и детей другого сына, то имущество ее переходит к сыну, а не к внукам эмансипатора, потому что виля переходит к ближайшему. Это предание, сохранено, между прочим, Амру, Али и Ибн-Масаудом.

Раздел. О виля мавалат, или виля взаимной дружбы

Природа и действие договора мавалата. Виля мавалата возникает, например, когда чужестранец¹ говорит лицу, чьим прозелитом² он является, или другому лицу: «Я

¹ Арабское «аджами». Этот термин (как уже замечено) вообще означает неараба. Он употребляется арабами в том же смысле, как греками слово «варвар», а евреями — слово «язычник». Вышеприведенный случай применяется к неправовому чужестранцу, приходящему в мусульманскую землю под покровительство и там принимающему мусульманство, в каковом случае некоторые мусульмане, по обычаю, принимали его в качестве своего прозелита.

² Дословно — «в чьих руках он принял веру».

вступаю с тобою в договор мавалата, так что, если умру, то имущество мое перейдет к тебе, или если (с другой стороны) совершу правонарушение, то пеня падет на тебя или на твоего акилу» и лицо, к которому он так обращается, согласится на это, то он становится мавлом чужестранца и после его смерти, без наследников, наследует ему. Чужестранец называется мавла асфаль (дословно — низший мавла, или клиент), а лицо, принимающее договор, — мавла аала (дословно — высший мавла, или патрон). Имам Шафии утверждает, что договор мавалата не имеет последствием наследования и вообще никакой силы, так как стремится уничтожить право общественной казны¹. Отсюда он недействителен для всякого другого наследника. Если бы договор был действителен по отношению к нему, то его право наследования было бы уничтожено. По этой же причине (согласно учению имама Шафии) отказ всего имущества недействителен, хотя бы завещатель не имел наследников; такой отказ действителен лишь в размере одной трети имущества, потому что, если бы он имел силу в отношении всего имущества, то право общественной казны было бы уничтожено². Доводы наших ученых в подкрепление их мнения — двоякого рода. Во-первых, Господь сказал в Коране: «Предоставь тому, кто вступает в договоры, его долю в наследовании», каковой текст относится к договорам мавалата. Передают, что Пророк, будучи спрошен об известном лице, ставшем прозелитом другого и вступившем с ним в договор мавалата, ответил: «Это лицо облечено правом относительно того человека, превосходящим право всех остальных как при жизни, так и после смерти», откуда можно заключить, что в течение жизни прозелита оно обязано платить за него пени, а после его смерти оно является его наследником. Во-вторых, собственность прозелита составляет право этого лица, ввиду чего оно вправе воспользоваться им, как угодно; имущество переходит в общественную казну, потому что нет претендентов на него, а не потому, что казна имеет на него какое-либо право. Если, однако, прозелит оставит природного наследника, то такой наследник предшествует мавла мавалату, хотя бы он был родственником с материнской стороны (например, дядя со стороны матери); оба упомянутых лица являются единственными участниками договора, почему он не обязателен для кого-либо другого; и родственник со стороны матери имеет право на наследование. Следует заметить, что в рассматриваемом договоре стороны должны положительно упомянуть и выговорить пеню и наследование, как объяснено выше. Посему, если условие о наследовании сделано с обеих сторон, то тот, кто переживет другого, наследует ему; если же условие сделано с одной стороны, то наследование имеет место согласно условию. Равным образом, если ответственность за пени выговорена с обеих сторон, то каждая ответственна за пени, которым подвергается другая; если же с одной стороны, то ответственность имеет место согласно условию, ибо действие обязательно лишь для принявшего его на себя, а принято оно может быть только по договору. Следует также заметить, что в договорах мавалата существенно, чтобы мавла асфаль, или клиент, был чужестранец

¹ Когда чужестранец умрет без наследников, то все его имущество поступает в общественную казну.

² Имам Шафии полагает, что в случае смерти лица без наследников две трети его имущества должны поступить в общественную казну во всяком случае.

(аджами), а не араб, потому что между арабами помощь и покровительство вращаются в семьях или родах (то есть один араб помогает или покровительствует другому, когда они оба принадлежат к одному роду), ввиду чего они не имеют повода вступать в договоры мавалата.

Каждая сторона может расторгнуть договор в присутствии другой стороны. Мавла асфаль, или клиент, имеет полное право оставить своего мавла аали, или патрона, и вступить в договор мавалата с другим лицом, пока первый не уплатил за него какой-либо пени, потому что договор мавалата, подобно отказу, есть отменяемая сделка. Равным образом мавла аала, или патрон, может отказаться от принадлежащего ему права виля и расторгнуть договор мавалата, потому что такой договор не обязателен. При расторжении каждой стороною договора необходимо присутствие другой стороны так же, как и в случае увольнения представителя, когда увольнение это положительно выражается, а не подразумевается и не выводится из обстоятельств.

Или низшая сторона может расторгнуть его в отсутствии высшей, вступив в мавалат с другим лицом. Другое, однако, дело, когда клиент вступает в договор мавалата с кем-либо в отсутствии первого патрона, потому что первый договор мавалата расторгается в отсутствие другой стороны самим фактом вступления в другой договор; другими словами, расторжение первого договора есть необходимое последствие заключения второго. Поэтому присутствие другой стороны не требуется так же, как не требуется присутствие представителя, когда он фактически устраняется от своих обязанностей, например, когда представляемый сам продает вещь, для продажи которой он назначен представителем.

Но она не может сделать этого после уплаты за нее другою стороною пени. Когда патрон уплачивает пеню за правонарушение, совершенное его клиентом, то последний не вправе оставить его и вступить в договор мавалата с другим лицом, потому что тогда договор связывается с правом другого, а также потому, что пеня была наложена казием. Сверх того, пеня, уплаченная за него патроном, имеет значение вознаграждения, как вознаграждение за дарение. Посему клиент не вправе отделиться от своего патрона, как даритель, получив вознаграждение, не может отступить от дарения. Равным образом, дитя клиента не может отделиться от патрона, уплатившего пеню за его отца; и если патрон уплатит пеню за дитя своего клиента, то ни клиент, ни дитя его, не могут затем оставить патрона, потому что относительно виля мавалата они являются одним лицом.

Вольноотпущенный не может вступить в договор мавалата. Отпущенный на волю раб, имея мавлу в лице своего эмансипатора, не вправе вступить в договор мавалата с кем-либо, потому что виля отпущения на волю обязательна, а виля мавалата не обязательна; а во время существования обязательного отношения отношение необязательное не может иметь места.

КНИГА XXXIV

ОБ ИКРАХ, ИЛИ ПРИНУЖДЕНИИ

Определение принуждения. Икрах, или принуждение, имеет место, когда принудитель в состоянии привести в исполнение то, чем угрожает, будь он султаном или другим лицом, каков, например, вор. Принуждение предполагает действие одного человека на волю другого, в то время как дееспособность принуждаемого сохранена. Но этой характеристической черты нет, если в принуждаемом не возбуждается опасение, что в случае неисполнения им требований принудителя на него падет то зло, которым ему угрожают. Эта боязнь или опасение может иметь место только в том случае, если во власти принудителя привести свою угрозу в исполнение; и если власть эта существует, то безразлично, принадлежит ли она султану или другому лицу. Что касается положения Абу Ханифы, что «принуждение может исходить только от султана», то ученые замечают, что это разногласие объясняется различием эпох, а не мнений, ибо во время Абу Ханифы никто не обладал властью, кроме султана, но затем в обычаях людей произошли перемены. Следует заметить, что как необходимо для наличности принуждения, чтобы принудитель имел возможность привести свою угрозу в исполнение, так же необходимо, чтобы принуждаемый опасался осуществления угрозы; а опасение это предполагается только тогда, когда принуждаемому кажется достаточно вероятным, что принудитель исполнит то, чем угрожает, и это представление заставляет его совершить требуемое принудителем.

Лицо, принуждаемое к вступлению в договор, может затем расторгнуть его. Если кто-либо оказывает принуждение пытками, побоями или лишением свободы с целью заставить другого продать принадлежащее ему имущество, или купить товар, или признать долг кому-либо в тысячу дарагимов, или отдать внаем дом и принуждаемый действительно продаст свое имущество, купит товар и т.д., то он может или присоединиться к договору, к заключению которого был принужден, или расторгнуть его и взять обратно, или возвратить купленный или проданный предмет, потому что для действительности каждого из этих договоров необходимо согласие обеих сторон, какового в данном случае не имеется, так как принуждение посредством побоев или другими способами скорее вызывает разногласие; и потому договор недействителен.

Разве способы принуждения были малосерьезны. Правило это не применяется, однако, когда принуждение состоит только в одном ударе или в однодневном заключении, так как опасение обыкновенно не возбуждается столь незначительными побоями или заключением. Посему принуждение не устанавливается одним ударом или однодневным заключением, если принуждаемый не есть высокопоставленное лицо, для которого и такая степень побоев или заключения представлялась бы позорною; в отношении такого лица принуждение устанавливается и этою степенью насилия, ибо и ее достаточно для подавления его воли.

Признание, исторгнутое принуждением, недействительно. Равным образом, признание, исторгнутое одним из вышеупомянутых способов принуждения, недействительно, ибо признание есть вид доказательства, поскольку при признании истина более вероятна, чем ложь; но в случае принуждения более вероятна ложь, так как человек может учинить ложное признание, чтобы избежать насилия.

Покупщик становится собственником проданного по принуждению предмета. Если кто-либо продаст вещь по принуждению, как установлено выше, и передаст ее под влиянием принуждения, то покупатель становится собственником ее, по мнению всех наших ученых. Имам Зуфар утверждает, что он не становится собственником, потому что действительность продажи зависит от согласия продавца, и такого рода продажа не может сообщить право собственности, пока не выражено согласие продавца. Наши ученые доказывают, что существенные черты продажи (выраженные в предложении и принятии) исходят от правоспособных лиц относительно предмета. Между тем продажа недействительна только вследствие недостатка одной из существенных принадлежностей ее, именно — обоюдного согласия сторон; а покупатель в недействительном договоре становится собственником предмета по вступлении во владение им. Ввиду чего, если кто-либо вступает во владение рабом, купленным по недействительному договору и отпустит его на волю или совершит относительно его акт, который не может быть уничтожен, то таковой действителен, и продавец должен получить от покупателя цену раба по правилу, действующему во всех случаях недействительной продажи. По прекращении же принуждения, если продавец выразит свое согласие, продажа становится законною и действительною, потому что таким согласием устраняются причины недействительности (именно — принуждение и отсутствие воли).

Но продавец может взять обратно предмет, если только он не выразил согласия на продажу. Когда кто-либо продаст свое имущество по принуждению, то он имеет право, пока не выразил своего согласия на продажу, взять предмет обратно, хотя бы покупатель продал его в третьи руки. Другое дело — во всех других случаях недействительной продажи, ибо в них по продаже покупщиком предмета продавец не имеет права взять его обратно, потому что недействительность продажи в этих случаях основана на законном праве; и когда покупатель продает предмет третьему лицу, право этого лица связывается с этим вторым договором, и его право имеет преимущество над правом закона, потому что он имеет потребности, между тем как закон не имеет их. В случае принуждения, напротив, недействительность продажи основана на праве продавца, хотя право второго покупателя связывается со вторым договором, но

оба права имеют одинаковую силу, так как оба суть права личности и, следовательно, право первого не может быть уничтожено правом второго.

Продажа вафа. Следует заметить, что, по мнению некоторых, продажа вафа¹ недействительна так же, как продажа по принуждению; почему, если покупатель при продаже вафа продаст купленный предмет, то эта продажа может быть расторгнута, так как недействительность продажи в этом случае основана на несогласии продавца. Продажа вафа имеет место, когда продавец говорит покупщику: «Я продаю тебе этот предмет взамен того, что я тебе должен, с тем, что после уплаты мною долга предмет этот будет принадлежать мне». Некоторые решают, что на деле это есть залог, ибо между этим договором и залогом нет никакой разницы; хотя стороны называют его продажей, но по намерению сторон, это есть залог. Во всех же действиях следует обращать внимание на дух и намерение; а дух и намерение залога существуют в данном случае, ввиду чего продавец вправе взять предмет обратно от покупщика по уплате ему долга. Некоторые, напротив, считают продажу вафа совершенно ничтожной, потому что покупатель походит на шутника, так как он повторяет слова продажи, в то время как действие и цель продажи не входят в его намерение. Поэтому такая продажа во всех отношениях ничтожна, как совершенная в шутку продажа. С другой стороны, ханифитские ученые в Самарканде считают продажу вафа действительной и полезной, потому что это есть вид продажи, который в обычае ввиду необходимости и удобства его и сопровождается некоторыми выгодами продажи, каково пользование предметом, хотя покупатель не имеет права распорядиться им.

Продажа по принуждению становится действительной, если продавец добровольно получает цену предмета. Если в случае принуждения продавец примет цену охотно и добровольно, то продажа действительна. Получение им цены составляет довод в пользу действительности договора, как в случае нерешительной продажи, когда продавец добровольно примет цену предмета, и такое принятие свидетельствует о действительности продажи. Равным образом, если кто-либо, уплачивая часть цены, заключает по принуждению договор салам, а сторона, получившая уплату, затем добровольно передаст предмет, за который уплата произведена, то такое действие доказывает действительность сделки. Другое дело, когда кто-либо принуждает другого учинить дарение, говоря ему: «Подари эту вещь такому-то лицу», но не прибавляя к слову «подари» «и передай», а принуждаемый подарит и передаст вещь названному лицу. Такое дарение ничтожно, потому что намерение принудителя заключается в том, чтобы одаренный получил право на вещь с момента дарения; а это намерение в случае дарения может быть осуществлено только посредством передачи вещи указанному лицу. С другой стороны, в случае продажи по принуждению намерение принудителя осуществляется в момент принуждения стороны к вступлению в договор продажи. Посему дарение по принуждению заключает в себе передачу предмета одаренному, между тем как продажа по принуждению не заключает в себе передачи проданного предмета покупщику. Отсюда, если продавец, вступив в договор

¹ Дословно «обеспеченная продажа», названная так потому, что ею продавец обеспечивает свой долг покупщику.

по принуждению, передаст предмет без принуждения, то продажа становится действительною вследствие таковой передачи; между тем как дарение по принуждению не становится действительным вследствие передачи предмета одаренному.

Но она недействительна, если он был принужден принять ее. Если в случае принуждения продавец примет цену по принуждению, то такое принятие не делает договор действительным, и он обязан возратить цену покупщику, если она остается в его руках, ввиду недействительности договора. Если, однако, полученное им в виде цены вещи потеряно или погибло в его руках, то он ничего не обязан давать взамен утраченного или погибшего; оно имело лишь значение поклажи в его руках, ибо он вступил во владение им с согласия собственника, именно — покупщика.

Когда при продаже принуждение имело место относительно продавца, но не покупщика, то последний ответствен за предмет, если таковой погибнет в его руках. Если одно лицо принуждает другое продать вещь третьему лицу, но не принуждает это последнее купить вещь, которая впоследствии погибнет в руках покупщика, то он ответствен перед продавцом за стоимость ее, так как стоимость ее обеспечивается им, ибо таков закон относительно недействительной продажи. Следует, однако, заметить, что продавец волен получить вознаграждение от принудителя, ибо, так как собственно он передал вещь покупщику, то можно сказать, что он потерял или уничтожил имущество продавца. Словом, продавец в данном случае имеет полное право получить вознаграждение от одного из двух, как собственник захваченного в незаконное владение предмета вправе получить вознаграждение от той или другой стороны, когда предмет сперва был захвачен у него, а затем захвачен кем-либо другим у первого незаконного владельца. Если, однако, продавец получит вознаграждение от принудителя, то последний вправе потребовать уплаченное им от покупщика, так как вследствие уплаты вознаграждения за предмет он становится на место продавца. Следует заметить, что в случае незаконного овладения, если незаконный владелец продаст вещь Амру, и он продаст ее Каледу, который продаст ее Бикру и т.д. из рук в руки, и собственник получит вознаграждение, например, Калед, то всякая продажа, следующая за продажей Каледу, законна и действительна. Так как Калед вследствие уплаты вознаграждения становится собственником захваченной вещи, то он является продавцом собственного имущества; между тем всякая продажа, учиненная раньше, и даже продажа самому Каледу, недействительна, потому что захваченный предмет становится собственностью Калед лишь со времени вступления во владение им. Другое дело, когда подобные же обстоятельства следуют за продажей по принуждению. Если принужденная сторона (именно — первый продавец) изъявит согласие на одну из последующих продаж, то все предшествующие продажи действительны, равно как и все последующие. Недействительность этих договоров основана была на праве собственника, так как он продал свое имущество по принуждению и поэтому имеет право взять имущество обратно, пока не изъявил своего согласия; но по изъятии такого согласия на один из этих договоров он отказывается от своего права, и согласно сему все договоры становятся действительными.

Раздел

Можно, не нарушая закона, есть и пить запрещенные предметы, если к тому принуждают угрозой жизни или телу. Если одно лицо принуждает другое лишением свободы или побоями есть падаль или пить вино, то принуждаемый все-таки не должен есть и пить названные предметы, когда его жизни или членам не грозит опасность. В последнем случае он может без нарушения закона уступить принуждению (то же правило применяется, если кто-либо принуждается есть кровь или свинину), потому что употребление названных запрещенных предметов разрешается только в случаях крайности, каков голод, и в других случаях употребление их остается незаконным. Крайность или неизбежность, вызывающая употребление запрещенного предмета, существуют только, если неупотребление соединено с опасностью для жизни или тела; но так как употребление этих предметов в указанном случае дозволено, то отсюда следует, что оно дозволено также, когда опасность грозит от лишения свободы или побоев. Притом лицо, в котором возбуждено опасение, не обязано понести угрожаемое зло, а скорее, если оно допустит исполнение угрозы и будет отказываться есть и пить запрещенное, пока не умрет или не лишится части тела, то оно является нарушителем закона. Так как при таких обстоятельствах употребление запрещенного предмета ему дозволено, то отсюда следует, что, отказываясь от употребления, он является сообщником другого в своем разрушении и, следовательно, нарушает закон так же, как если бы он отказался есть падаль, погибая от голода. Абу Юсуф утверждает, что он не является нарушителем закона, продолжая отказываться, несмотря на опасность лишиться жизни или части тела. Еда и питье только разрешаются (так как названные предметы остаются запрещенными), между тем как воздержание от них составляет исполнение закона, и, следовательно, продолжая отказываться, принуждаемый соблюдает закон. На это, однако, можно возразить, что в рассматриваемом случае нет более незаконности: Коран положительно делает исключение для случаев принуждения и неизбежности, и отсюда следует, что при описанных обстоятельствах нельзя уже ссылаться на незаконность, а потому еда здесь положительно законна, а не только дозволена. Следует, однако, заметить, что принуждаемый тогда только является нарушителем закона, когда он знает, что еда законна и, тем не менее, отказывается от нее; так как законность ее здесь неочевидна, то незнание его извинительно так же, как незнание извиняет упущения и небрежность в начале обращения к вере и во время пребывания в чужой стране.

Не следует объявлять себя неправоверным или поносить Пророка, если к тому не принуждают опасностью потери жизни или членов тела. Если одно лицо принуждает другое лишением свободы или побоями отпасть от веры или поносить Пророка, принуждение (в его законном и извиняющем значении) все-таки не считается установленным; но если ему угрожают чем-либо, возбуждающим в нем опасение за свою жизнь или тело, то принуждение установлено. Так как одними побоями или лишением свободы не устанавливается принуждение относительно употребления запрещенной пищи, то отсюда следует, что тем менее оно устанавливается в отношении вероотступничества, незаконность которого гораздо сильнее. Посему, если в чело-

веке возбуждено опасение за жизнь или тело так, что принуждение установлено, то он может принять внешний вид неверного (то есть повторять неправомерные выражения), и если только губы его произносят эти выражения, сердце же остается твердым в вере, то он не нарушает закона. Когда Омар попал во власть неверных и они принудили его поносить Пророка, то последний сказал ему: «Если сердце твое твердо в вере, то произнесение тобою нечестивых слов несущественно, и даже если они снова будут принуждать тебя, ты можешь повторить эти нечестивые выражения». В том же смысле изложено одно место в Коране. Другое основание заключается в том, что произнесением нечестивых выражений вера не уничтожается, так как истинная вера (под которой понимается прямота сердца) остается нетронутой, и если бы принуждаемый отказался произносить означенные выражения, то последствием сего было бы действительное разрушение, так как неверные лишили бы его членов или убили бы. Но если он, настаивая на отказе, будет убит, то это поставляется ему в заслугу, и он имеет право на вознаграждение. Жиб, настаивая на отказе, потерпел смерть, и Пророк назвал его сайедуш-шахидом (мучеником) и впоследствии объявил, говоря о нем: «Он мой друг на небесах». Кроме того, отказ из-за веры произносить нечестивые выражения составляет соблюдение закона, в противоположность вышеизложенному случаю, ибо там употребление падали и т.д. положительно законно ввиду сделанного для него исключения.

Лицо, по принуждению разрушающее чужое имущество, не ответственно, но принудитель ответствен. Если одно лицо принуждает другое разрушить имущество мусульманина, угрожая его жизни или телу, то принуждаемый может разрушить означенное имущество, потому что чужое имущество по закону может служить нашим целям в случаях необходимости (например, при голоде), а в рассматриваемом случае такая необходимость налицо. Собственник имущества здесь должен получить вознаграждение от принудителя, потому что принуждаемый является лишь орудием в руках принудителя во всех отношениях, в которых он способен стать таким орудием, а при разрушении имущества он способен служить орудием.

Лицо, убивающее другого по принуждению, есть нарушитель закона, но принудитель подлежит возмездию. Если кто-либо принуждает другого, угрожая ему смертью, к убийству третьего лица, то принуждаемый все же не вправе совершить убийство, но должен воспротивиться, хотя бы потерпел за то смерть. Посему, если он совершит убийство, то является нарушителем закона, так как никакая необходимость не оправдывает убийство мусульманина. В этом случае, однако, возмездию подлежит принудитель, если убийство было намеренное. Автор «Хидои» замечает, что таково мнение имамов Абу Ханифы и Мухаммада и что, напротив, имам Зуфар утверждает, что возмездию подлежит принуждаемый, между тем как Абу Юсуф полагает, что ни тот, ни другой не подлежат возмездию, а имам Шафии, напротив, — что оба подлежат. Имам Зуфар доказывает, что акт убийства исходил от принужденного как фактически, так и по намерению, и закон также приписывает ему последствие, именно — преступность; следовательно, он подлежит возмездию. Другое дело — при разрушении чужого имущества по принуждению: так как закон не связывает последствие его, именно — преступность, с принужденным, то оно относится к другому,

именно — к принудителю. Таково же рассуждение имама Шафии относительно ответственности принужденного. В доказательство того, что принудитель также подлежит возмездию, он указывает на то, что от него исходила побудительная причина к убийству, так как принуждение было причиной его; а побудительная причина при убийстве имеет то же значение, как и само совершение убийства, как в случае со свидетелями, показание которых привело к возмездию. Другими словами, если два свидетеля удостоверяют намеренное убийство и согласно их показанию обвиняемый подвергается возмездию, а затем лицо, об убийстве которого они показывали, окажется в живых, то свидетели эти подвергаются смертной казни в виде возмездия. Абу Юсуф доказывает, что относительно правильности обращения возмездия на принужденного существует сомнение, и такое же сомнение существует относительно правильности возмездия, обращаемого на принудителя, потому что имеется в виду приписать убийство принужденному как нарушителю закона, и оно же приписывается принудителю как побудителю к преступлению. Таким образом, относительно каждого является сомнение, а потому ни один не подлежит возмездию. Имамы Абу Ханифа и Мохаммед рассуждают, что принуждаемый побуждается к совершению преступления природным инстинктом, заставляющим человека ставить свою жизнь выше жизни другого; потому он должен считаться, насколько это возможно, орудием принудителя. Согласно сему он считается орудием совершения преступления, подобно оружию. Он не может, однако, быть его орудием относительно преступности убийства так, чтобы ни один из элементов ее не приписывался ему, а вся совокупность их относилась к принудителю; и потому убийство, в отношении преступности его, приписывается одному принужденному. Здесь до некоторой степени представляется аналогия с принудительным отпущением на волю или с принуждением мага зарезать козу. Другими словами, если одно лицо принуждает другое отпустить на волю раба, что и будет исполнено принуждаемым, то отпущение на волю приписывается принудителю, ввиду чего он ответствен за стоимость раба, но оно приписывается принужденному в отношении совершения его, ибо если бы оно и в этом отношении приписывалось принудителю, то раб не получил бы свободы. Равным образом, если кто-либо принуждает мага или другого идолопоклонника зарезать чужую козу, то действие его приписывается принудителю в отношении разрушения имущества, но не в отношении законного забиха, ввиду чего коза считается запрещенною падалью. В рассматриваемом случае действие принужденного приписывается принудителю в отношении уничтожения имущества, но не в отношении преступности.

Случай принужденного развода или эмансипации. Если одно лицо принуждает другое дать развод жене или отпустить на волю раба и согласно сему принуждаемый даст развод жене или отпустит на волю раба, то такой развод или эмансипация, по мнению наших ученых, получает силу, в противоположность мнению имама Шафии, как уже было объяснено в книге о разводе. В случае принудительного отпущения на волю принуждаемый вправе получить стоимость раба от принудителя. Принуждаемый считается орудием принудителя в отношении уничтожения имущества, а потому уничтожение это приписывается и вменяется принудителю. Принужденный вправе потребовать от него вознаграждения, будь принудитель беден или богат; и раб

не обязан производить работу за освобождение, ибо производство таковой требуется либо для достижения свободы, либо для удовлетворения права третьего лица на раба, каковых мотивов в данном случае не существует. Следует также заметить, что принудитель не вправе требовать от раба его стоимость, уплаченную его хозяину. Так как принудитель преследуется за разрушение ценности раба, то можно сказать, что он как бы убил или похитил раба, следовательно, последний не может быть ответственным. Так же и в случае принудительного развода: принужденный вправе получить от принудителя половину приданого, если только развод имел место до совершения брачного акта; или если в брачном договоре не было упомянуто о приданом, то он может получить от него то, за что сам ответствен, именно — мутъа, или подарок, ибо к таковому его обязывает развод. Другое дело, когда развод по принуждению имеет место после совершения брачного акта, потому что в этом случае обязанность дать приданое возникла уже из брачного акта, а не из факта развода.

Случай принудительного назначения представителя для развода или эмансипации. Если кто-либо по принуждению назначает другого своим представителем для развода или эмансипации и представитель разведет жену или отпустит на волю раба принужденного лица, то такой развод или отпущение на волю действительны, по благоприятному толкованию закона. Заключенный по принуждению договор или данное по тому же поручение, если только он из числа тех, которые становятся недействительными вследствие включения в них недействительного условия, теряют силу вследствие принуждения; но представительство не теряет силы от включения в него недействительного условия. В случае развода лицо, назначившее по принуждению представителя, вправе получить половину приданого от принудителя, а в случае отпущения на волю — стоимость раба, потому что в обоих случаях цель и намерение принудителя заключались в разрушении собственности представляемого посредством выполнения акта, на который он уполномочил представителя.

Ни одна сделка, сама по себе не отменяемая, не может быть расторгнута после исполнения ее по принуждению. Следует заметить, как правило, что во всех сделках или договорах, которые по заключению их не допускают отмены или расторжения, принуждение не оказывает влияния, и таковые так же действительны, как если бы принуждения вовсе не было. Так, принуждение не оказывает действия на обет, ибо если он не поставлен в зависимость от отлагательного условия, не может быть отменен, и согласно сему лицо, принужденное дать обет, не вправе получить что-либо от принудителя в вознаграждение за ущерб, понесенный им вследствие такого обета. Равным образом принуждение не влияет на присягу, или зихар, так как таковая не подлежит повороту. То же следует сказать относительно отмены развода йла, как и относительно отмены присяги в йла в момент принесения ее. Равным образом при хульа, которая имеет значение отсрочки развода со стороны мужа, принуждение не имеет последствий, так как хульа не подлежит отмене, и посему, если к ней принужден муж, а не жена, то последняя ответственна за вознаграждение, так как она согласилась уплатить таковое, не будучи к этому принуждаема.

Совершающий по принуждению блудодеяние подлежит наказанию. Если кто-либо по принуждению совершит блудодеяние, то он, по Абу Ханифе, подлежит наказа-

нию, за исключением случая, когда принудителем является султан. Напротив, оба ученика утверждают, что он ни в каком случае не подлежит наказанию.

Случай вероотступничества по принуждению. Если кто-либо по принуждению отступает от веры, произнося формулу отречения от нее, то жена его все-таки не разводится с ним, потому что отступничество имеет здесь связь с верою, ввиду чего, если внутренняя вера его остается твердою, то он не становится неправовым лишь вследствие произнесения слов отречения. В рассматриваемом случае неправовость его сомнительна, и ввиду такого сомнения жена не может быть с ним разведена. Поэтому, если между мужем и женой происходит спор, причем жена станет утверждать, что она разведена, а муж — что его отречение было лишь внешнее и что он остается тверд в вере, то заявлению его следует верить, потому что заявлением о вероотступничестве никогда не пользуются для достижения развода, и оно означает лишь перемену в верованиях. С другой стороны, принуждение свидетельствует о том, что вера не была изменена, и согласно сему заявлению его должно верить. Другое дело — относительно лица, принимающего мусульманство по принуждению, ибо такое лицо, тем не менее, считается мусульманином ввиду того, что вера его может согласоваться с его словами. Словом, в обоих случаях (именно — принуждения к вероотступничеству и принуждению к исламу) преимущество отдается исламу, ибо он имеет превосходство и не может быть превзойден. Все изложенное здесь относится только к производству казия¹, потому что пред Богом тот, кто не верит в сердце своем, не есть мусульманин.

Случай принятия ислама по принуждению. Если кто-либо становится мусульманином по принуждению, а впоследствии отступит от веры, то он не заслуживает смерти, так как ислам его сомнителен, и это сомнение препятствует исполнению над ним смертного приговора.

Случай признания мужем, что он отступил от веры по принуждению. Если кто-либо, сделав по принуждению заявление о вероотступничестве, говорит своей жене, требующей развода: «Я сказал то, о чем серьезно не думал» (другими словами: «Я говорил ложно»), то в этом случае жена разведена с ним по понятиям казия², который должен постановить решение согласно сему, хотя бы перед Богом и не было развода. Причина этого заключается в том, что признанием его установлено, что он не был принужден к даче заявления, но дал таковое без принуждения, так как принудитель употребил относительно его насилие не с целью исторгнуть заявление, но чтобы заставить его переменить веру. А так как он по собственному выбору сделал заявление о неверии и его жена требует развода, то утверждение его, что «он не имел намерения», не может быть принято казием, который должен постановить определение о разводе, хотя бы перед Богом и не было развода. Если, с другой стороны, он заявит, что «имел только намерение осуществить желание принудителя, именно — сделать заявление о неверии, причем в мыслях имел другое», то в этом случае

¹ То есть, относится только к применению закона.

² То есть «в глазах закона».

жена разведена с ним как пред казем, так и пред Богом, ибо он сделал серьезное заявление о вероотступничестве, несмотря на то, что оградил себя мысленно. Равным образом, если кто-либо принуждает другого славить крест или поносить личность Пророка и принуждаемый поступит согласно сему, а затем станет ссылаться на то, что, «славя крест, он имел намерение славить Бога» или что «под Мухаммадом он подразумевал не Пророка, а другое лицо», то жена его, требующая развода, разводится по определению казая, но не пред Богом; между тем, если бы он славил крест или поносил Пророка, имея другое в мыслях, то жена его была бы разведена с ним как пред казем, так и пред Богом.

КНИГА XXXV

О ХАДЖРЕ, ИЛИ ОГРАНИЧЕНИИ ДЕЕСПОСОБНОСТИ

Определение термина. Хаджр в первоначальном смысле означает запрещение или препятствие. На языке закона под ним подразумевается ограничение дееспособности малолетнего, слабоумного или раба, так как причин ограничения три: малолетство, безумие и рабство.

- | | |
|------------|----------------------------------|
| Глава I. | Введение. |
| Глава II. | Об ограничении по слабоумию. |
| Глава III. | Об ограничении по задолженности. |

Глава I

ВВЕДЕНИЕ

Ограничение имеет место относительно малолетних, рабов и сумасшедших. Действия¹ малолетнего законны, если они одобрены опекуном, а раба — хозяином его; действия же сумасшедшего, не имеющего светлых промежутков, вовсе незаконны. Действия малолетнего незаконны вследствие недостатка понимания; но дозволение или авторитет опекуна служит знаком способности малолетнего; посему при наличности такого дозволения малолетний рассматривается как совершеннолетний. Незаконность действий раба или рабы основана на праве собственника, ибо если бы их действия (например, покупка или продажа) были действительны, то они были бы ответственны за долги и кредиторы могли бы присвоить себе их приобретения и даже продать их самих для удовлетворения своих претензий, вследствие чего собственник их понес бы ущерб. Если, однако, последний выразит согласие на их действия, то этим он соглашается на разрушение своего права. Что касается действий сумасшедшего, то они вовсе незаконны, так как сумасшедший совершенно не способен

¹ Сделки всякого рода, каковы покупка, продажа и т.д.

на какие-либо действия, хотя бы опекун его и дал свое согласие. Другое дело — раб или малолетний: раб обладает личною дееспособностью, а относительно малолетнего есть надежда, что в свое время он достигнет этой способности, ввиду чего очевидна разница между ними и сумасшедшими.

Ввиду чего заключаемые ими договоры продажи или купли требуют согласия лиц, имеющих над ними попечение. Если раб, малолетний или сумасшедший продает или купит какую-либо вещь, зная в то время существо купли или продажи и имея намерение заключить ту или другую из означенных сделок, то опекун или другое имеющее над ними непосредственную власть лицо может или дать свое согласие, если сочтет удобным, или уничтожить сделку. Контроль действий раба и отсрочка при вступлении их в силу основаны на праве собственника, и отсюда следует, что собственнику принадлежит право выбора в отношении этих действий. Тот же контроль и та же отсрочка в отношении действий малолетнего и сумасшедшего имеют ввиду соблюдение их интересов, а потому опекуны их должны взвесить и обсудить, насколько действия их полезны. Кроме того требуется, чтобы упомянутые здесь лица имели понятие о существе продажи для того, чтобы налицо были существенные условия продажи и для действительности ее не доставало бы только согласия опекуна; а сумасшедший иногда знает существо продажи и имеет намерение совершить ее, хотя не способен оценить выгоду или потерю, могущую произойти от продажи.

Возражение. Отсрочка допустима только при продаже; при купле же, по общему правилу, действие наступает непосредственно за деятельностью представителя¹; но в рассматриваемом случае купля малолетним или сумасшедшим зависит от согласия опекуна, как и совершенная ими продажа.

Ответ. Непосредственное действие купли наступает лишь тогда, когда это возможно по характеру представителя, как, например, при купле фузули, или неполномоченным лицом; но в данном случае такое действие не может наступить ввиду недееспособности представителя — несовершеннолетнего или сумасшедшего и могущего быть для хозяина ущерба, когда представителем является раб. Посему действие совершенной такими лицами купли отсрочивается.

Но ограничение это оказывает действие в отношении слов, но не в отношении актов. Следует заметить, что упомянутые три основания недееспособности (малолетство, безумие и рабство) производят ограничение в отношении слов, но не в отношении актов, потому что акты после совершения их, имеют осязательное существование, между тем как простое слово (каковы купля, продажа и т.п.) считается существующим только тогда, когда оно имеет законную силу и авторитет, которые зависят от намерения лица, произнесшего такое слово; но намерение это не имеет значения в отношении несовершеннолетних и сумасшедших ввиду недостатка у них понимания, ни в отношении раба — ввиду убыточности для хозяина его. Словом, рассматриваемые здесь основания ограничения оказывают действие только относительно

¹ Арабское «мобашир», что означает деятеля или исполнителя чего-либо, а, говоря о преступлениях, — совершителя их.

речи, но не относительно актов, если только последние, по характеру своему, не возбуждают сомнения (наказание или возмездие), в каковом случае малолетство или сумасшествие производят ограничение. Отсюда, малолетние или сумасшедшие не подлежат наказанию или возмездию, так как намерение их не имеет значения.

Все заключенные малолетним или сумасшедшим договоры, равно как и учиненное ими признание недействительны; также и выраженные ими развод или отпущение на волю. Ни один договор, заключенный малолетним или сумасшедшим, ни учиненное ими признание не действительны по вышеизложенным основаниям. Равным образом они не могут совершить развод или отпущение на волю, потому что Пророк сказал: «Всякий развод имеет место, за исключением совершенного малолетним». Кроме того, следует заметить, что отпущение на волю убыточно в денежном отношении; а несовершеннолетний не имеет понятия о значении развода, не будучи способен к половому совокуплению; опекун же его не может знать, сживется ли он с женою по достижении совершеннолетия. Посему развод или отпущение на волю не зависят от согласия опекуна.

Равно как и развод или отпущение на волю, выраженные опекуном от имени малолетнего. Равным образом, когда сам опекун произнесет развод над женою несовершеннолетнего или отпустит на волю его раба, то это недействительно, в противоположность другим актам, каковы купля, продажа и т.п.

Они ответственны за разрушение имущества. Если малолетний или сумасшедший разрушит что-либо, то они должны вознаградить за убыток для охранения права собственности. Это основано на том, что разрушение влечет ответственность независимо от намерения, как, например, когда чья-либо собственность разрушена лунатиком или падением стены после надлежащего предупреждения хозяина ее. В этих случаях лунатик или хозяин стены ответственны, хотя бы они не имели намерения разрушить имущество.

Признание, учиненное рабом, касается его самого, а не хозяина его, и вступает в силу по достижении рабом свободы. Признание, учиненное рабом, действительно относительно его самого ввиду его правоспособности, но не имеет силы в отношении хозяина ради охранения его права; если бы оно имели силу относительно его, то долг или обстоятельство, возникающее из признания раба, связывалось бы с его (раба) личностью или приобретениями, что причиняло бы ущерб хозяину. Поэтому, если раб учиняет признание, касающееся имущества, то признание это обязательно для него по получении им свободы, ибо раб сам по себе способен учинить признание, действительность которого, однако, ограничена правом хозяина; но право это погашается при достижении рабом свободы, следовательно, препятствие к действительности признания устраняется.

Или тотчас же, если оно влечет за собою наказание или возмездие. Если раб учиняет признание, влекущее наказание или возмездие, то он тотчас же подвергается им, ибо считается свободным в отношении своей крови, ввиду чего признание его хозяина, касающееся его крови, не имеет значения.

Учиненный им развод действителен. Развод, учиненный рабом, действителен ввиду вышеприведенного изречения Пророка, а также потому, что Пророк сказал: «Раб

и мукатаб вольны только давать развод». Так как раб знает, что ему полезно в отношении развода жены, то он вправе совершить этот акт. От этого не страдает право собственности на него хозяина или выгоды, получаемые последним от его работы. Посему развод, учиненный рабом, законен и действителен.

Глава II

ОБ ОГРАНИЧЕНИИ ПО СЛАБОУМИЮ

Ограничение в отношении расточителя. Абу Ханифа выразил мнение, что нет ограничения относительно свободного совершеннолетнего лица, пользующегося здоровьем, хотя бы он был расточитель. Действия такого лица в отношении его имущества имеют силу, хотя бы оно отличалось странностями и беззаботностью и тратило свое имущество на вещи, в которых оно не заинтересовано и к которым не имеет склонности. Под расточителем понимается лицо, которое по легкомыслию действует согласно минутному побуждению, а не по закону и здравому смыслу. Абу Юсуф, имамы Мухаммад и Шафии утверждают, что расточитель подлежит ограничению и должен быть лишен права распоряжаться своим имуществом, так как он растрчивает его напрасно и не согласно со здравым смыслом. Поэтому он подлежит ограничению для его же пользы ввиду аналогии между ним и малолетним. Он даже скорее должен быть ограничен, чем малолетний, так как относительно малолетнего следует лишь опасаться странностей и беззаботности, между тем как в нем они уже обнаружались, ввиду чего ему не доверяют управление собственным имуществом. Если бы он не состоял под ограничением, то не имело бы смысла сохранять его имущество, потому что он все-таки мог бы разрушить то, что от него взято, своими словами и заявлениями. Абу Ханифа доказывает, что расточитель, по предположению, все-таки обладает от природы понятиями и разумом, как и лицо, поступающее обдуманно, а потому так же мало подлежит ограничению, как и благоразумный человек. Если бы расточитель подлежал ограничению (то есть если бы его дееспособность подверглась сомнению), то он был бы исключен из человеческого общества и приравнен к животным — исключение, приносящее ему еще более вреда, чем какие бы то ни было причуды с его стороны; но врачевать меньшее зло путем причинения большего было бы безумием. Если, однако, наложением ограничения на совершеннолетнего свободного человека, пользующегося здоровьем, устраняется какое-либо общее зло (например, когда ограничению подвергается неискусный врач, неправосудный судья или просящий милостыню обманщик), то ограничение законно (согласно мнению Абу Ханифы), ибо большее зло врачуетя меньшим, что справедливо и разумно. Что касается того довода в пользу наложения ограничения на расточителя, что ему не доверяется управление собственным имуществом, то довод этот не принят, ибо ограничение наносит ему больше ущерба, чем его расточительность; а законность менее значительного стеснения не доказывает законности более значительного. Равным образом не принята аналогия между расточителем и малолетним, так как малолетний не способен охранять свой интерес, а расточитель способен. Подвергая

расточителя ограничению, хотя имеют ввиду его интерес и выгоду, однако закон в одном оказывает ему снисхождение, разрешая ему охранять свой интерес; он же поступает противно сему лишь по недостаткам или странности характера. Отобрание от него имущества представляет одну выгоду, ибо растрата имущества по легкомыслию главным образом заключается в учинении напрасных и излишних дарений; а так как, не имея имущества в руках, он не может дарить его, то, очевидно, полезно отбирать от него имущество.

Может быть наложено одним должностным лицом, а снято другим. Если одно должностное лицо налагает ограничение на расточителя и дело переносится к другому должностному лицу, который уничтожит ограничение и оставит расточителю полную свободу, то это законно, ибо ограничение, наложенное первым должностным лицом, есть лишь мнение (фатва), а не определение, так как для судебного определения требуются истец и ответчик, каковых в данном случае не имеется. Если бы действие должностного лица, налагающего ограничение, рассматривалось как определение, то возникло бы разногласие, так как Абу Ханифа другого мнения. В этом случае второе должностное лицо обязано, однако, поддерживать постановление (об ограничении) для сохранения за ним силы. Согласно сему, если расточитель совершит какой-либо акт после наложения на него ограничения, таковой будет представлен на обсуждение должностного лица, наложившего ограничение (или другого), который постановит решение об уничтожении акта, и дело снова будет передано другому должностному лицу, то оно обязано поддержать и присоединиться к постановлению первого должностного лица, а не уничтожать его, ибо первое или другое должностное лицо по рассмотрении дела утвердило и подписалось под постановлением об ограничении, а потому оно не может быть отменено.

Имущество расточительного юноши должно быть отобрано от него по достижении им 25 лет. Абу Ханифа выразил мнение, что если малолетний ко времени совершеннолетия окажется расточителем, то не следует передавать ему имущество до 25 лет (если, однако, он совершит какой-либо акт до этого времени, то таковой остается в силе, так как, по Абу Ханифе, расточитель не подлежит ограничению). По достижении им 25 лет следует передать ему его имущество, хотя бы обдуманность в его поступках и не была установлена. Оба ученика утверждают, что не должно передавать ему имущества, пока обдуманность в его действиях не будет вполне установлена, и что до того времени все совершенные им акты недействительны. Так как препятствием к дееспособности является здесь слабоумие, то отсюда следует, что препятствие это продолжается, пока длится слабоумие, как в случае с малолетним, который остается под ограничением, пока длится малолетство. Абу Ханифа доказывает, что удержание имущества имеет лишь известного рода дисциплину; весьма вероятно, что лицо по достижении упомянутого возраста не будет расположено воспринимать учение, так как часто случается, что человек в этом возрасте имеет внуков. Нет выгоды в удержании его имущества, так как цель удержания заключается в дисциплинировании расточителя, каковая цель по достижении им указанного возраста не может быть достигнута. Посему необходимо передать ему имущество. Притом причина удержания имущества лица, достигшего совершеннолетия, заключается также в том,

что в первое время сохраняются следы и впечатления детства; но так как таковые с течением времени сглаживаются, то отсюда следует, что по прошествии достаточного для того времени следует возвратить расточителю его имущество; ввиду чего Абу Ханифа утверждает, что если несовершеннолетний действует обдуманно ко времени достижения им совершеннолетия, а затем станет расточителем, то все-таки следует передать ему его имущество, так как расточительность в этом случае нельзя считать остатком детства. По мнению обоих учеников, ограничение такого расточителя действительно, и отсюда следует, что заключенный им договор продажи не имеет силы, ибо иначе не была бы достигнута цель ограничения. Если, однако, продажа будет признана выгодною, то должностное лицо должно дать свое согласие на нее, потому что здесь продажа имеет все существенные черты продажи и действие ее отсрочивается только ради выгоды расточителя, для соблюдения его интересов. А так как должностное лицо назначается для охранения интересов частных лиц и для подачи им советов, то оно должно обсудить, выгодна ли продажа, равно оно обязано обсудить продажу, учиненную малолетним, имеющим намерение учинить ее и знакомым с природою этого договора.

Но договор продажи, заключенный им по достижении совершеннолетия и до наложения ограничения, действителен. Если расточитель заключает договор продажи до наложения на него должностным лицом ограничения, то договор, по Абу Юсуфу, действителен, ибо для признания актов расточителя недействительными необходимо, чтобы должностное лицо наложило на него ограничение так, чтобы таковое было вполне установлено. По имаму Мухаммаду, напротив, упомянутый договор недействителен. Расточитель фактически находится под ограничением по достижении совершеннолетия, ибо причина ограничения, именно — расточительность, имеет здесь то же значение, как детство. То же разногласие существует относительно несовершеннолетнего, становящегося расточителем лишь по достижении совершеннолетия.

И он может отпускать рабов на волю. Если упомянутый расточитель отпускает на волю своего раба, то это действительно и раб становится свободным, по мнению обоих учеников. Словом, оба ученика выставляют как правило, что всякий акт, на который влияет шутка, может подлежать ограничению, и напротив, акт, на который не влияет шутка, не подлежит действию ограничения. Расточитель фактически представляется шутником: слова шутника, произнесенные с неразумною целью, имеют источником лишь страсти или упрямство, а не недостаток понятий; и то же следует сказать относительно расточителя. А так как отпущение на волю принадлежит к числу отношений, на которые шутка не влияет, и действительно даже тогда, когда сделано в шутку, то и отпущение на волю, учиненное расточителем, действительно. По мнению имама Шафии, напротив, ограничение по расточительности имеет то же значение, как ограничение раба (ввиду чего после наложения ограничения по расточительности ни один акт расточителя не действителен, за исключением развода, который имеет силу как и развод, данный рабом). Учиненное рабом отпущение на волю недействительно; так же недействительно отпущение на волю, учиненное расточителем. Следует заметить, что так как, по мнению обоих учеников, отпущение

на волю, учиненное расточителем, действительно, то раб обязан своему господину (расточителю) работою за освобождение в размере всей своей стоимости, ибо ограничение наложено на его хозяина ради соблюдения его интересов и выгоды; а так как охранение его интересов путем отмены самого отпущения на волю невозможно, то оно должно быть отменено в том отношении, что раб обязуется работою за освобождение в размере полной его стоимости. Это соответствует случаю ограничения в отношении умирающего лица: если умирающий освобождает своего раба, то последний обязан исполнить работу за освобождение в пользу кредиторов умершего и в пользу наследников в размере двух третей своей стоимости, если он не имел долгов. В другом месте приводят мнение имама Мухаммада, что освобожденный расточителем раб не обязан работою за освобождение, ибо в противном случае он должен был бы таковую своему эмансипатору; но закон не предписывает такой работы в пользу эмансипатора, а лишь в пользу других.

Или даровать тадбир. Если упомянутый расточитель делает своего раба мудаббаром, то это законно, потому что тадбир дает право на отпущение на волю; а так как самое отпущение на волю, учиненное расточителем, действительно, то тем более действительно то, что дает лишь право на освобождение. Однако мудаббар не обязан работою за освобождение во время жизни расточителя, так как он продолжает оставаться его собственностью. Но если расточитель умрет без установления обдуманности в его действиях, то мудаббар должен исполнить работу за освобождение (в пользу наследников или кредиторов расточителя, смотря по обстоятельствам) в размере стоимости своей в качестве мудаббара, потому что он становится свободным после смерти своего господина, до какового времени является мудаббаром. Случай здесь тот же самый, как если бы господин сперва сделал его мудаббаром, а затем отпустил на волю.

Или потребовать ребенка, родившегося от его рабы. Если раба расточителя родит ребенка и он потребует его, то родство с ним устанавливается, ребенок делается свободным, а мать становится умми-валяд. Так как расточитель имеет основание предъявлять упомянутое требование ради обеспечения себе потомства, то он считается в отношении этого требования лицом, действующим обдуманно.

Или сделать свою рабу умми-валяд независимо от такого требования. Если принадлежащая расточителю раба не имеет ребенка и расточитель признает ее своею умми-валяд, то она становится таковою в том отношении, что он не имеет власти продать ее. Если, однако, расточитель умрет, то она должна исполнить работу за освобождение (в пользу его наследников или кредиторов) в размере всей своей стоимости. Признание ее умми-валяд равносильно признанию ее свободною, так как ребенок, который служил бы доказательством этой свободы, в данном случае не существует; если бы она была объявлена свободною, то была бы обязана работою за освобождение, а потому она обязана таковою и в данном случае. Иначе — в предыдущем примере (при существовании ребенка), ибо здесь существует доказательство свободы рабы. Аналогичный случай имеет место, когда умирающий требует ребенка, родившегося от его рабы, ибо здесь применяется то же правило.

Он может также жениться. Если упомянутый расточитель женится, то женитьба эта законна и действительна, так как шутка не имеет влияния на брак, а женитьба составляет одну из основных потребностей его. Равным образом, если он указывает приданое, то это действительно в размере обычного приданого женщины, так как оно составляет принадлежность брака; но все, превышающее размер обычного приданого, ничтожно, ибо не составляет принадлежности брака, а обязательно лишь в силу особого соглашения, которое в этом случае не представляет выгоды для расточителя. Посему назначение излишка недействительно так же, как если лицо одержимое смертельною болезнью, женится и назначает приданое выше обычного. Равным образом, если он разводится с женою до совершения брачного акта, то должен уплатить жене из своего имущества половину приданого, так как назначение им приданого действительно в размере обычного приданого. Таким же образом, если он женится на четырех женах или на новой жене каждый день, то это действительно по вышензложенным основаниям.

Из его имущества уплачивается закят, а также содержание его родителям, детям и т.д. Закят взимается с имущества расточителя, так как обязанность уплаты такового лежит на нем. Таким же образом уплачивается содержание его родителям и детям, жене или женам и всем родственникам, имеющим право на содержание от него, потому что обеспечение жены и детей составляет одну из существенных его потребностей, а родственники его имеют право на содержание по праву родства; чужое же право не может быть уничтожено вследствие его расточительности. Казий обязан передать сумму заката расточителю для того, чтобы он израсходовал ее на предметы заката; так как закят есть дело благочестия, то при уплате его требуется наличность благочестивого намерения. Казий должен, однако, командировать одного из своих аминов для наблюдения за тем, чтобы закят был надлежащим образом израсходован. В случае содержания родственников он должен уплатить необходимую сумму в руки амину, чтобы он распределил таковую между лицами, имеющими право на содержание; так как эта обязанность не составляет дела благочестия, то при исполнении ее не требуется намерения исполнителя. Другое дело, когда расточитель присягает, или дает обет, или произносит над своею женою зихар. В этих случаях он не растрчивает собственности, а должен лишь совершить искупление за свою клятву, обет или зихар посредством поста, к чему он обязан по собственной вине. Поэтому, если бы требовалось искупление в виде уплаты имуществом, то ему разрешалось бы самому израсходовать его в необходимом размере; но не так бывает, когда он должен что-либо не вследствие собственных действий, например, закят и т.п.

Ему нельзя воспрепятствовать совершить паломничество. Если расточитель желает совершить предписанное паломничество, то ему не следует в том препятствовать, ибо дело это обязательно для него по повелению Бога, независимо от какого-либо действия с его стороны. Казий не должен, однако, доверять ему сумму, необходимую для расходов по путешествию, но обязан передать ее в руки заслуживающего доверие лица из числа паломников для содержания расточителя в пути; иначе он выбросил бы деньги или израсходовал на предметы, не относящиеся до паломничества. Если

расточитель желает совершить умра¹, то не следует ему в том препятствовать. Если же он желает совершить киран², ему не должно в том препятствовать, ибо под киранием понимается совершение умра и паломничества³ в одно путешествие; а так как нет препятствия к совершению им таковых отдельно, то отсюда следует, что он может совершить их и совокупно.

Его отказы с благочестивою целью имеют силу. Если расточитель заболит и учинит отказы с благочестивою и благотворительною целью, то таковые имеют силу в размере одной трети всего его имущества. Сохранение за ними силы для него выгодно, так как, когда отказы эти вступят в силу, он не будет уже иметь надобности в имуществе, а они служат средством выражения благодарности завещателя Богу или получения в Его глазах заслуги.

Фасик не может быть подвергнут ограничению. Наши ученые полагают, что на отверженного (фасик) не может быть наложено ограничения относительно его имущества, если только поступки его обдуманно; а прирожденная или приобретенная впоследствии распущенность нрава в отношении этого правила имеет одинаковое значение. Имам Шафии утверждает, что на такое лицо должно быть наложено ограничение в виде наказания так же, как и на расточителя, ввиду чего лицо это не способно править суд или давать показания в качестве свидетеля. Доводы наших ученых в этом отношении — двоякого рода. Во-первых, слово Бога. В Коране говорится: «Когда ты замечаешь, что они поступают обдуманно, то выдай им их имущество», а отверженный в данном случае, по предположению, распоряжается своим имуществом обдуманно. Во-вторых, отверженный (по мнению наших ученых) способен выражать власть, будучи мусульманином, и, следовательно, властен действовать в отношении собственного имущества.

Человек, легкомысленный в своих делах, может быть подвергнут ограничению. Оба ученика утверждают, что казий волен наложить ограничение на лицо, легкомысленно или небрежно относящееся к своим делам, хотя бы оно и не было расточителем, потому что ограничение, наложенное на такое лицо, полезно для него. Имам Шафии одинакового мнения с обоими учениками.

Раздел. О времени достижения половой зрелости⁴

Половая зрелость у мужчин устанавливается по известным обстоятельствам или достижением восемнадцатилетнего возраста, а у женщин — известными обстоятельствами или достижением семнадцатилетнего возраста. Половая зрелость у мужчин уста-

¹ Под этим понимаются известные церемонии, совершаемые паломниками в Мекке, а именно: семикратный обход Каабы, или храма, и бег между Сафа Марва, что должно быть совершено до посещения храма; но относительно обязательности церемоний между мусульманскими учеными существует разногласие.

² Киран означает совершение церемоний паломничества в обществе других паломников.

³ Так как умра не считается существенною частью паломничества, то он рассматривается отдельно от посещения храма (собственно и называемого паломничеством).

⁴ По мусульманскому праву половая зрелость и совершеннолетие однозначны.

навливается ночным излиянием семени, или когда от него забеременеет женщина, или извержением семени при совокуплении; если же ни одно из этих обстоятельств не обнаружится, то зрелость мужчины не устанавливается раньше достижения восемнадцати лет. Половая зрелость у женщин устанавливается месячным очищением, ночными излияниями или беременностью; если же ни одно из этих обстоятельств не наступит, то зрелость женщины устанавливается, когда ей исполнится семнадцать лет. Таково учение Абу Ханифы. Оба ученика утверждают, что по достижении как мужчиною, так и женщиною пятнадцати лет их следует объявить зрелыми; в этом смысле сохранилось одно предание об Абу Ханифе; с тем же согласен и имам Шафии. Передают также, как мнение Абу Ханифы, что для установления зрелости мужчины необходимо достижение им девятнадцати лет. Некоторые, однако, замечают, что под этим понимается достижение восемнадцати лет и начало течения девятнадцатого и что, следовательно, это предание вполне согласуется с другим. Другие же утверждают, что смысл приведенного предания не таков и что существуют предания, касающиеся Абу Ханифы, отличные от вышеприведенного. Следует заметить, что самый ранний период зрелости для мужчин — двенадцать лет, а для женщин — девять.

Заявлению их о достижении ими зрелости, если таковому не противоречит их возраст, следует верить. Если мужчина или женщина приближаются к периоду зрелости и объявляют себя зрелыми, то заявлению их следует верить, и они подлежат всем законам, которым подчиняются совершеннолетние, ибо достижение зрелости может быть удостоверено лишь их собственным свидетельством.

Глава III

ОБ ОГРАНИЧЕНИИ ПО ЗАДОЛЖЕННОСТИ

Должник не подлежит ограничению. Абу Ханифа того мнения, что никто не подлежит ограничению из-за долгов. Посему, если будет доказан чей-либо долг и кредиторы потребуют, чтобы казий подверг должника заключению и ограничению, то казий не должен удовлетворить последнее требование. Так как наложение на него ограничения есть разрушение или временное устранение его дееспособности, то потому оно не может быть допущено для устранения и вознаграждения за частную обиду.

И имущество его не может стать предметом какой-либо сделки. Равным образом, если должник обладает имуществом, то казий не вправе заключать относительно него какие-либо сделки¹, ибо это являлось бы видом ограничения и такие действия были бы актами, совершенными без согласия собственника, следовательно, ничтожными как по Корану, так и по сунне.

Но он может быть подвергнут заключению. Требуется, однако, чтобы судья подвергнул должника заключению, пока он не продаст своего имущества для удовле-

¹ То есть покупать, продавать это имущество.

творения долгов и правосудия. Оба ученика говорят, что если кредиторы требуют, чтобы казий подверг несостоятельного их должника ограничению, то он должен удовлетворить это ходатайство и запретить должнику продавать, заключать мировые сделки или учинять признание; для того чтобы кредиторы его не терпели ущерба, ибо только на расточителя ограничение налагается ради охранения его интересов, а при наложении ограничения на должника имеются ввиду интересы его кредиторов; если бы на него не могло быть наложено ограничение, то возможно, что он вступил бы в стачку или, другими словами, объявил, что «имущество, которым он владеет, принадлежит другому лицу», несмотря на то, что оно в действительности принадлежит ему, а не другому, и заявление его сделано лишь для того, чтобы имущество не перешло к кредиторам, чем нарушалось бы право последних. Следует заметить, что сказанное обоими учениками относительно ограничения должника в продаже касается лишь продажи за цену ниже действительной стоимости вещи, так как право кредиторов не страдает вследствие продажи вещи за соответствующую цену. Ограничение продажи устанавливается лишь для охранения права кредиторов; а так как оно не уничтожается вследствие продажи, то нет нужды запрещать ему совершение ее. Казий вправе также (по мнению обоих учеников) продать имущество должника, когда он сам уклоняется от этого, и распределить вырученные деньги между кредиторами соразмерно претензии каждого, ибо должник обязан продать свое имущество для уплаты долгов, следовательно, при уклонении его от исполнения этой обязанности казий является его заместителем в этом деле таким же образом, как он является заместителем мужа для развода его с женою, когда он оказывается евнухом или импотентом. Доводы, приводимые нашими учеными в защиту мнения Абу Ханифы и в ответ на мнение обоих учеников, состоят в том, что стачку трудно установить; что же касается продажи, то она является не единственным средством уплаты долгов, так как должник может удовлетворить кредиторов иными способами, например, займом или прощением милостыни, ввиду чего казий не может учинить продажу. Другое дело, когда муж окажется евнухом или импотентом, ибо здесь для разрешения дела указан развод. Должник подвергается заключению не ради учинения им продажи (как утверждают оба ученика), но для уплаты долгов и принуждения его избрать какой-либо способ для такого удовлетворения кредиторов. Если бы казий был вправе подвергнуть имущество должника продаже, то он не мог бы прибегнуть к заключению должника, так как этим наносился бы ущерб и должнику, и кредиторам, ибо заключение это для первого стеснительно, а для последних создает отсрочку в удовлетворении их претензий. Ввиду этого закон не санкционировал бы заключение должника, между тем такое заключение вполне законно.

Если он владеет монетами того же наименования, как и его долг, то казий может произвести ими платеж; если же монеты другого наименования, то он может продать их для этой цели. Если долги упомянутого должника состоят из дарагимов и имущество должника также состоит из дарагимов, то казий может уплатить его долги без его согласия. В этом сходятся мнения всех наших ученых. Так как здесь кредитор вправе удовлетворить себя без согласия должника, то отсюда следует, что казий вправе поддержать его в преследовании им своего права. Если, напротив, долг состоит из да-

рагимов, а имущество должника из динаров, или наоборот, то казий вправе продать такое имущество для удовлетворения долга. Таково учение Абу Ханифы, основанное на благоприятном толковании закона. По аналогии следовало бы, что казий не вправе продать имущество, как он не вправе продать домашнее имущество должника и другую движимость. Однако основание к более благоприятному толкованию закона заключается в том, что дарагимы и динары равны в отношении внутренней их стоимости и, как представители ценности, отличаются друг от друга лишь внешними признаками. Отсюда, ввиду сходства их в одном отношении казий вправе совершать относительно их сделки; а ввиду несходства их в другом отношении кредитор не вправе взять их без согласия должника. Другое дело — относительно вещей и движимости: это — предметы спроса и употребления как с внешней, так и с внутренней стороны, между тем как дарагимы и динары служат лишь средством приобретения таких вещей.

Правило относительно продажи имущества должника. При удовлетворении долгов следует сперва распорядиться тою частью имущества, которая состоит из денег, затем движимостью и домашними вещами и, наконец, его домами и землями, ибо при этом способе удовлетворения следует обращать внимание на удобство и выгоду обеих сторон. Платье должника также подлежит продаже, за исключением одного необходимого комплекта. Некоторые говорят, однако, что следует оставить должнику два комплекта, из которых один находится в употреблении в то время, когда другой — в стирке.

Признания, учиненные должником, не обязательны для него до уплаты его долгов. Если должник учиняет признание, будучи под ограничением¹, то оно не обязательно для него, пока он не удовлетворил своих кредиторов. Так как права последних раньше были связаны с его имуществом, то он не может уничтожить их признанием в пользу другого лица. Другое было бы дело, если бы должник разрушил чье-либо имущество: в этом случае он подлежал бы ответственности и собственник разрушенного имущества стал бы в одинаковое положение с другими кредиторами, так как разрушение имущества есть осязательное и видимое обстоятельство и потому не может быть игнорировано. Равным образом, если должник приобретет или получит имущество после наложения ограничения, то признание его относительно такого имущества действительно, ибо право прежних кредиторов не связано с этим имуществом, так как его во время наложения запрещения не существовало.

Должник (небогатый) получает содержание из своего имущества, равно его жены, дети и единоутробные родственники. Содержание должно быть выплачиваемо должнику из его имущества (если только он находится в бедности), а равно его женам, малолетним детям и единоутробным родным. Существенные потребности его должны быть удовлетворяемы раньше претензий его кредиторов; равно содержание жен и т.д. составляет их право, которое не может быть уничтожено веледствие ограниче-

¹ Согласно мнению обоих учеников, что «он может быть подвергнут ограничению».

- ния, ввиду чего, если бы должник вступил в брак, то жена его становится в положение других кредиторов относительно обычного ее приданого.

Должник, ссылающийся на бедность, подвергается заключению. Если должник не владеет известным имуществом и кредиторы требуют, чтобы казий подверг его заключению, должник же заявит, что «у него ничего нет», то казий должен подвергнуть его заключению ввиду таких долгов, которые возникли из договоров, каковы приданое или обязательство из договора аренды.

Общие правила, касающиеся должника во время содержания его в заключении. Если должник, ссылающийся на бедность, захворает в тюрьме, то он, тем не менее, остается в ней, если только имеет человека для ухода за ним и подачи лекарства; но если он не имеет такого человека, то должен быть освобожден из заключения, чтобы не погиб. Если он ремесленник, то не следует позволять ему заниматься ремеслом, для того чтобы бедственное его положение заставило его уплатить долги¹. Это — общепринятое мнение. Если он владеет такою рабою, с которою по закону может иметь половые сношения, то ему не следует в этом препятствовать, ибо половые сношения необходимы для удовлетворения потребности мужчины, как в еде и питье; а потому ему не должно препятствовать в удовлетворении этой потребности, как и в удовлетворении голода и жажды.

- **После освобождения его кредиторы вправе преследовать его.** После освобождения его из заключения² кредиторам не должно препятствовать предъявлять к нему свои претензии, и они могут преследовать его³. Они, однако, не должны препятствовать ему заниматься своим делом или работать. Это основано на словах Пророка: «Лицо, которому принадлежит право, имеет руку и язык», разумея под рукою власть преследования, а под языком — возможность требовать удовлетворения своего права. Кредиторы вправе также взять излишек⁴ заработка должника и распределить между собою соразмерно претензии каждого. Оба ученика утверждают, что после объявления казия о бедности (несостоятельности) должника кредиторы должны быть связаны (то есть они лишаются права преследования должника), если не докажут, что он владеет имуществом. Определение казия о бедности должника действительно, следовательно, невозможность уплаты им долгов вполне установлена; а если так, то он имеет право на снисхождение до тех пор, пока не приобретет имущества и не станет состоятельным. По Абу Ханифе, напротив, постановление казия о бедности должника недействительно, потому что имущество наживается утром и теряется к вечеру. Независимо сего, так как свидетели судят об имуществе только по внешности, то до-

¹ Это, на первый взгляд, не согласуется с заботливостью, выказываемой относительно должника в других случаях. Следует, однако, вспомнить, что названный должник был подвергнут заключению в том предположении, что он имеет имущество, которое скрывает.

² Вследствие постановления казия о его несостоятельности.

³ Арабское «молазимат», что означает постоянное личное наблюдение над ним или выслеживание его. Таков обычный у мусульман образ действия относительно должников, называемый в Персии и Индустане назири банд, что можно перевести выражением «иметь ввиду».

⁴ То есть остаток после вычета на содержание должника и его семейства.

казательства, хотя они и достаточны для освобождения должника из тюрьмы, недостаточны, однако, для уничтожения права кредиторов, то есть права их на преследование должника. Что касается исключения, установленного при изложении мнения обоих учеников, что «кредиторы лишаются права преследования должника, если они не докажут, что должник владеет имуществом», то основанием здесь служит то, что доказательство богатства имеет преимущество пред доказательством бедности. Первое устанавливает новое обстоятельство, так как владение или приобретение имущества суть привходящие обстоятельства, между тем как бедность есть первичное состояние. Что касается, с другой стороны, сказанного относительно права преследования и т.д., что кредиторы «не должны препятствовать должнику заниматься своим делом или работать», то основанием служит то обстоятельство, что кредитор вправе преследовать должника, сопровождая его, куда бы он ни шел, но не прикрепляя его к известному месту, ибо это было бы равносильно заключению. Равным образом, если должник входит для чего-либо в свой дом, то кредитор не вправе войти вместе с ним, но должен стоять у дверей, пока он не выйдет, так как люди нуждаются в некоторых уединенных и секретных местах.

И от них зависит, оставить ли его в заключении. Если должник желает остаться в заключении, а его кредитор предпочитает иметь за ним надзор, то принимается во внимание желание кредитора. Таким способом лучше всего достигается цель, так как предполагается, что кредитор примет такие меры, которые стеснят должника и заставят его сделать должное. Если, однако, казий заметит, что должник подвергается особому притеснению (со стороны кредитора, осуществляющего право преследования, который, например, препятствует должнику входить в его дом), то казий должен подвергнуть должника заключению для устранения такого притеснения.

Кредитор-мужчина не может преследовать свою должницу. Если должником является женщина, а кредитором — мужчина, то не следует позволять кредитору преследовать ее. Если бы это было дозволено, то повело бы к уединению мужчины с чужою женщиною. Кредитор, однако, вправе отрядить женщину, которой он доверяет, для надзора за должницею ради осуществления его права.

Случай нахождения в руках должника проданной вещи после впадения его в несостоятельность. Если должник впадет в бедность¹, имея в то же время в руках проданные ему кем-либо вещи, то продавец, требуя уплаты цены вещей, находится в одинаковом положении с другими кредиторами. Имам Шафии утверждает, что казий обязан наложить ограничение на покупателя, если того требует продавец, и что, засим, продавец вправе расторгнуть продажу. Покупщик лишился возможности уплатить цену, а это дает право расторжения так же, как невозможность для продавца передать проданную вещь. Это основано на том, что продажа есть возмездный договор, требующий полного равенства, как и договор салям; другими словами, если лицо, получающее кредит по договору салям, не может передать предмет, за который уплачено вперед (например, потому что предмет этот нельзя достать), то лицо, оказав-

¹ Это по последствиям имеет одинаковое значение с несостоятельностью, или банкротством.

шее кредит, вправе или ждать, пока должник не достанет вещи, или расторгнуть договор и взять обратно то, что дано вперед. Так же и в рассматриваемом случае. Наши ученые доказывают, что бедность лишает возможности совершить специальную передачу¹. Однако продавец не обязан совершить специальную передачу, но лишь передачу цены (проданного предмета), составляющей его долг. Поэтому продавец не имеет права расторжения вследствие невозможности для покупателя совершить специальную передачу.

Возражение. Если бы для покупателя обязательным был вообще долг, а не специальный предмет, то отсюда следовало бы, что покупатель не освобождается от претензии кредитора уплатою монет и получением таковых со стороны кредитора, так как материальный предмет отличается от долга.

Ответ. При получении продавцом известного рода монет устанавливается замена долга этими предметами; это составляет основную цель при платеже долгов. Другое дело — в договоре саям: здесь замена не может быть принята в соображение, так как ее нельзя допустить, ввиду чего материальный предмет или определенная переданная сумма считаются действительным предметом; ради которого дан аванс и который остается долгом лица, получившего такую сумму.

¹ Арабское «айн», означающее (в этом месте) ту сумму денег, которую должник обязан уплатить. Здесь нелишне заметить, что арабские правоведы существенно отличают долг от материального предмета, считая первый, до осуществления, чисто идеальным отношением.

или кредитор, вправе не истребовать, пока должник не доставит вещь, или расторгнуть договор и истребовать, что платил вперед. Так же и в рассматриваемом случае. Наши ученые доказывают, что собственность означает исключительность совершить сделку с предметом. Однако продавец не обязан совершить сделку, и продавец не несет риска расторжения сделки, пока не совершит сделку. Поэтому продавец не несет риска расторжения сделки, пока не совершит сделку.

КНИГА XXXVII

О ГАСБЕ, ИЛИ НЕЗАКОННОМ ВЛАДЕНИИ

Определение термина. Гасб в буквальном смысле означает насильственное взятие чего-либо у другого лица. На языке закона под этим термином понимается взятие чужой собственности, имеющей ценность, без согласия собственника, так что последний утрачивает владение ею.

Действия, которыми устанавливается незаконное владение. Незаконное владение устанавливается принуждением чужого раба к работе в пользу принудителя или навьючиванием чужого животного, но не сидением на чужом ковре, ибо пользование чужим рабом и навьючивание чужого животного разрушает владение собственника, между тем как сидением на чужом ковре владение не разрушается.

Лицо, незаконно овладевающее предметом с намерением, есть правонарушитель. Если кто-либо сознательно и намеренно завладевает чужим имуществом, то он по закону считается правонарушителем и становится ответственным за вознаграждение. Если бы, напротив, он завладел имуществом неосознательно и ненамеренно (например, когда он разрушает имущество, предполагая, что оно принадлежит ему, а затем окажется, что оно составляет собственность другого), то, хотя и в этом случае обязан дать вознаграждение, ибо эта необходимость вытекает из права собственника, но он не считается правонарушителем, так как ошибочное правонарушение не считается таковым.

Незаконный владелец заменимого предмета ответствен за подобный же предмет, если он разрушен в его руках. Если кто-либо владеет заменимым предметом (каковы предметы, измеряемые мерами веса или емкости), составные части которого приблизительно тождественны, и затем предмет этот, находясь в его владении, будет уничтожен, то он ответствен перед собственником за подобный же предмет. Так повелел Господь в Коране. Замена уничтоженного подобным же предметом является наиболее справедливым способом, ибо таким образом при вознаграждении принимается в расчет как род, так и материал предмета; следовательно, убыток собственника устраняется самым сподручным способом. Если, однако, незаконный владелец не в состоянии дать подобный предмет, ибо такового не находится, то он ответствен за стоимость, которую предмет имеет во время спора или процесса. Таково мнение Абу Ханифы. Абу Юсуф утверждает, что он ответствен за стоимость, кото-

рую предмет имел в день овладения. Имам Мухаммад, напротив, говорит, что он ответствен за стоимость предмета в тот день, когда подобного ему нельзя было найти или достать. Абу Юсуф доказывает, что когда предмет нельзя достать, то в таком случае следует считать, что он как бы не принадлежал к числу заменимых. Поэтому необходимо иметь в виду стоимость его в день овладения. Так как овладение является причиной ответственности, то отсюда следует, что должно обращать внимание на день установления этой причины. Имам Мухаммад рассуждает, что незаконный владелец ответствен за подобную вещь; и так как эта ответственность впоследствии переносится на стоимость вещи ввиду только того, что подобной вещи не находится, то отсюда следует, что должно принять во внимание стоимость вещи в этот день. Абу Ханифа доказывает, что ответственность не переносится на стоимость непосредственно по ненахождению подобного предмета, так как собственник может, если захочет, отсрочить уплату вознаграждения до нахождения его; но ответственность переносится на стоимость только вследствие определения казая, и посему следует обращать внимание на стоимость предмета в день спора (каковым является день постановления казимом определения). Иначе бывает, когда предмет не принадлежит к числу заменимых. В этом случае вознаграждение требуется от незаконного владельца в силу первоначальной причины, именно — овладения, и потому принимается во внимание день овладения.

Если предмет принадлежит к числу незаменимых, то он ответствен за стоимость его. Если кто-либо завладеет предметом, принадлежащим к числу незаменимых (например, имуществом, составные части которого различны, каково домашнее имущество), то он ответствен за стоимость предмета в день завладения. Так как здесь невозможно охранить право собственника по качеству, то необходимо охранить его по существу, чтобы по возможности устранить понесенный собственником ущерб. (Следует заметить, что если кто-либо незаконно овладеет пшеницею, к которой примешан ячмень, то он ответствен за стоимость ее, так как предмет этот принадлежит к числу незаменимых).

Захваченный предмет, если он налицо, должен быть возвращен натурою. Незаконный владелец обязан возвратить собственнику захваченную вещь, если она находится в его владении, ибо Пророк сказал: «Лицо, берущее вещь у другого, должно возвратить таковую», а также: «Человек не вправе брать каким бы то ни было образом собственность своего брата» (то есть ни миролюбиво, ни насильно или по спору); «И, посему, если кто-либо возьмет чужую вещь, то должен возвратить ее собственнику». Ввиду принадлежности права владения собственнику и нарушения этого права незаконным владельцем последний обязан восстановить право собственника, то есть возвратить захваченную вещь. Это, по мнению большинства ученых, составляет основную обязанность; уплата же стоимости вещи собственнику служит лишь средством избежать спора, когда вещь окажется попорченной, между тем как возвращение самой вещи есть наиболее совершенный способ. Некоторые ученые, однако, говорят, что основная обязанность состоит в уплате стоимости и что возвращение вещи есть лишь средство устранения спора. Результат этого разногласия обнаруживается в различных выводах из этих пожеланий, как, например, если собственник ос-

вобождает незаконного владельца от уплаты стоимости в то время, когда самая вещь находится в его владении, в каковом случае, по последнему из приведенных мнений, освобождение действительно. Ввиду этого, если вещь погибнет в руках незаконного владельца после освобождения, то он не обязан (по изложенному учению) уплатить вознаграждение, между тем как, по мнению большинства ученых, он ответствен.

В том месте, где он был захвачен. Следует заметить, что, по мнению большинства ученых, незаконный владелец обязан возратить вещь собственнику в том месте, где он захватил ее во владение, ибо стоимость вещей в разных местах бывает различна.

При неисполнении сего незаконный владелец подвергается заключению, пока не даст удовлетворения. Если незаконный владелец заявляет, что он потерял вещь, то судья должен подвергнуть его заключению на такое время, в течение которого можно удостовериться, имеет ли он вещь в своем владении, или нет, а затем должен предписать ему уплатить стоимость ее. Это основано на том, что основная обязанность заключается в возвращении самой вещи, а утрата таковой, будучи лишь случайностью, не принимается в расчет, ибо противоречит видимости, подобно тому, как если лицо, не уплатившее цену вещей, ссылается на бедность, в каковом случае оно подвергается заключению, пока истина его слов не подтвердится. И как только будет установлено, что захваченный предмет действительно утрачен незаконным владельцем, то обязанность возратить ему самую вещь уничтожается и обязательным становится вознаграждение (то есть стоимость вещи).

Незаконное овладение (влекущее ответственность) может иметь место только относительно движимости. Далее следует заметить, что незаконное владение (влекущее ответственность) может иметь место только относительно движимого имущества, каково платье и т.п., ибо уничтожение владения собственника производится только передвижением предмета. Если кто-либо незаконно завладеет землею и таковая погибнет в его владении (то есть станет негодною вследствие наводнения и т.п.), то незаконный владелец не ответствен за это. Таково мнение Абу Ханифы и Абу Юсуфа. Имам Мухаммад утверждает, что незаконный владелец ответствен за землю, и таково же было первоначальное мнение Абу Юсуфа, принятое имамом Шафии. Доводы в пользу последнего мнения заключаются в том, что владение незаконного владельца относительно захваченной земли установлено, чем обуславливается разрушение владения собственника, так как невозможно, чтобы одна вещь одновременно находилась во владении двух лиц. Посему мы имеем дело с незаконным владением, состоящим в уничтожении владения собственника и установлении владения незаконного владельца. В этом отношении нет разницы между землею и движимостью, следовательно, незаконный владелец земли ответствен так же, как поклажеприниматель, отрицающий поклажу; то есть если кто-либо вверит другому землю, а последний затем станет отрицать факт поклажи, то он ответствен за землю. Так же и в рассматриваемом случае. Абу Ханифа и Абу Юсуф доказывают, что незаконное владение состоит в установлении владения постороннего лица путем разрушения владения собственника, так что причиною установления и разрушения владения является действие незаконного владельца по отношению к захваченной вещи, каково перенесение ее с одного места на другое. Но это не удобноисполнимо в отношении земли или домов,

так как владение ими собственника может быть разрушено только путем увода его от них. Но увод собственника не может считаться действием над его собственностью, а есть действие над личностью его, потому равносильно, например, уводу собственника от его стада. Напротив, при незаконном овладении движимостью действие незаконного владельца при передвижении касается самого захваченного предмета; а это есть незаконное владение. Что касается случая поклажепринимателя, отрицающего поклажу (приведенного имамом Мухаммадом как аналогичный настоящему), то здесь не усматривается аналогии. Если бы даже здесь была аналогия, то необходимость вознаграждения в этом случае возникает из недостатка заботливости, обнаруживающегося отрицанием поклажепринимателя.

Незаконный владелец дома ответствен за мебель. Незаконный владелец, по мнению всех наших ученых, ответствен за все испорченное в доме или вследствие проживания его в нем, или вследствие разрушения его. Это есть намеренное разрушение, а таковое влечет за собою обязанность вознаграждения, как, например, в случае, когда кто-либо удаляет с земли удобрение или воду, что является действием по отношению к самой земле.

Но если он продаст дом и собственник не имеет свидетелей, то он не ответствен. Между Абу Ханифой и Абу Юсуфом, с одной стороны, и имамом Мухаммадом — с другой, существует разногласие по нижеследующему случаю. Если кто-либо незаконно овладеет домом, продаст таковой и передаст покупщику, затем признает, что незаконно овладел домом, а покупщик станет отрицать это, со стороны же собственника нет свидетелей для подтверждения этого, то, по мнению обоих учеников, продавец дома не ответствен вследствие продажи и передачи дома покупщику (в противоположность мнению имама Мухаммада), так как продажа и передача покупщику составляет лишь незаконное овладение со стороны продавца; а незаконное владение движимостью (по мнению обоих учеников) не влечет обязанности дать вознаграждение.

Незаконный владелец земли ответствен за всякий вред, происшедший от возделывания ее. Если захваченная в незаконное владение земля будет повреждена вследствие возделывания ее, то незаконный владелец должен вознаградить за вред. Сверх того, он должен исключить стоимость своего капитала, то есть посеянного им зерна, а также уплаченную им в вознаграждение за вред сумму; и если засим окажется остаток, то употребить его на благотворительные дела. Автор «Хидои» замечает, что таково мнение Абу Ханифы и Абу Юсуфа, но, по словам имама Мухаммада, нет необходимости употреблять остаток на благотворительные дела. Доводы их будут подробно изложены ниже.

Незаконный владелец движимости ответствен за стоимость в случае разрушения таковой. Если захваченный в незаконное владение предмет будет разрушен в руках незаконного владельца, его ли собственным действием или действием другого лица, то незаконный владелец ответствен за стоимость предмета: по мнению тех, которые считают уплату стоимости основной обязанностью — потому, что по невозможности здесь освободиться от этой обязанности, возвращением самого предмета установлена обязанность уплаты стоимости; по мнению же тех, которые считают основ-

ною обязанностью возвращение предмета, а уплату стоимости лишь способом освобождения от этой обязанности — потому, что ввиду невозможности исполнить основную обязанность вследствие разрушения предмета подлежит уплате стоимость такового.

Если он сам повредит ее, то ответствен за это повреждение. Если незаконный владелец собственными руками повредит захваченную вещь, то он ответствен за это повреждение. Так как в силу незаконного завладения он ответствен за захваченную вещь во всей ее совокупности, то отсюда следует, что если возвращение какой-либо части ее станет невозможным, то он обязан уплатить стоимость этой части.

Но он не ответствен за понижение ценности вещи во время его владения. Другое дело — понижение ценности, ибо за таковое незаконный владелец не ответствен, если только он возвращает самую вещь. Понижение ценности происходит вследствие уменьшения спроса со стороны покупателя, а не вследствие разрушения или повреждения какой-либо части вещи. Другое также дело — проданная вещь, поврежденная в руках продавца до передачи ее. Он не обязан вознаградить покупателя, так как ответственность за предмет продажи вытекает из договора, а предметом договора является самый товар, но не качества его. По отношению к незаконному владению, напротив, обязанность вознаграждения вытекает из действия, а недостатки качества вознаграждаются действием, а не договором, как уже было доказано. Автор «Хидои» говорит, что этот случай относится к захваченным вещам, не принадлежащим к числу умножающихся, и что если захваченный предмет принадлежит к числу этих вещей, то вознаграждение за ущерб не полагается одновременно с возвращением самой вещи, ибо это повело бы к лихве.

Незаконный владелец раба, отдающий его внаем, ответствен за всякий нанесенный ему вред и должен полученное жалованье отдать на благотворительные дела. Если кто-либо незаконно завладеет рабом, отдаст его внаем и получает его жалованье, последствием чего будет понижение ценности раба (по принципу, изложенному в предшествующем примере), незаконный владелец должен вознаградить за убыток и употребить все жалованье на благотворительные дела. Автор «Хидои» замечает, что таково мнение имамов Абу Ханифы и Мухаммада, но что, по мнению Абу Юсуфа, нет необходимости употребить жалованье на благотворительные дела, и то же разногласие существует в случае отдачи ссудоприемателем ссуженной вещи внаем. Абу Юсуф доказывает, что упомянутая прибыль получена незаконным владельцем под свою ответственность за предмет и на свою собственность. Ответственность очевидна, а также и его право собственности, ибо все, что составляет предмет ответственности, становится собственностью незаконного владельца вследствие уплаты вознаграждения путем перехода. Имамы Абу Ханифа и Мухаммад рассуждают, что упомянутая прибыль приобретена по основанию, не свободному от недостатков, именно — вследствие операций над чужим имуществом, и что такая прибыль должна быть употреблена на благотворительные дела, ибо основание (то есть операция над чужим имуществом) есть ствол, а полученная прибыль — его ветвь; а свойства ствола, или основы, сообщаются исходящим от него ветвям, ввиду чего существует недостаток в прибыли так же, как в основании ее. Что касается утверждения Абу Юсуфа, что «все, что

составляет предмет ответственности, становится собственностью незаконного владельца вследствие уплаты вознаграждения путем перехода», то на это должно ответить, что право собственности, установленное только путем перехода, само есть недостаточное право, а потому им не устраняется недостаток основания.

Но если раб погибнет, то жалованье может быть употреблено на уплату части награждения. Если, однако, раб погибнет в руках незаконного владельца, так что последний ответствен за полную стоимость его, то незаконный владелец может отдать полученное жалованье в уплату вознаграждения, потому что недостаток основания при получении жалованья коренится в праве собственника (ввиду чего, если бы жалованье было уплачено собственнику, то он вправе был бы получить таковое и обратить в свою пользу); посему оно может быть уплачено последнему, и в силу такой уплаты недостаток основания устраняется. Другое дело, когда незаконный владелец продаст раба, который затем погибнет в руках покупателя, после чего обнаружится, что он составлял собственность другого, и покупатель уплачивает вознаграждение. В этом случае незаконный владелец не вправе отдать жалованье покупщику в возврат полученной цены, так как недостаток основания при получении жалованья не коренится в праве покупателя. Но если незаконный владелец не имеет другого имущества, кроме жалованья, то он может отдать таковое покупщику в возврат уплаченной последней цены, ибо незаконный владелец нуждается в этих деньгах и потому вправе употребить их на удовлетворение своей потребности. Если, однако, впоследствии он приобретет другое имущество, то должен употребить из него на благотворительные дела сумму, равную полученному жалованью, если только он был богат в то время, когда воспользовался полученною от покупателя ценою; если же, напротив, он в то время был беден, то не требуется, чтобы он употребил какую-либо сумму на благотворительные дела.

Всякая денежная прибыль, полученная на захваченные в незаконное владение деньги, должна быть употреблена на благотворительные дела. Если кто-либо незаконно овладевает тысячью дарагимов и на нее покупает рабу, которую продает за две тысячи, а затем на эти две тысячи покупает другую рабу, которую продает за три тысячи, то незаконный владелец должен употребить на благотворительные дела всю прибыль, именно — две тысячи дарагимов. Таково мнение имамов Абу Ханифы и Мухаммада, основанное на том, что когда незаконный владелец или поклажеприниматель совершают какой-либо акт относительно захваченного предмета или поклажи и получают прибыль, то таковая не может поступить в их пользу, в противоположность мнению Абу Юсуфа. Мнение имамов Абу Ханифы и Мухаммада в отношении поклажи очевидно, ибо возникновение права собственности на нее не относится ко времени, предшествующему акту поклажепринимателя; так как право собственности не может быть выведено из уплаты вознаграждения в это время, то отсюда следует, что поклажеприниматель оперировал не над своею собственностью. Следует, однако, заметить, что приведенное здесь мнение имамов Абу Ханифы и Мухаммада очевидно только в отношении такой поклажи, предметом которой является движимость, а не деньги. Если поклажа состоит из денег и поклажеприниматель при покупке рабы говорит: «Я покупаю ее на эти деньги» (указывая на деньги, данные на сохранение) и

действительно заплатит за рабу этими деньгами, то прибыль должна быть употреблена на благотворительные дела. Напротив, если при заключении сделки он указывает на данные на сохранение деньги, а за рабу уплачивает другими деньгами, или указывает на другие деньги, а уплачивает деньгами, полученными на сохранение, или вообще не указывает на деньги, но говорит вообще: «Я покупаю эту рабу за тысячу дарагимов» (а не «за эту тысячу дарагимов»), а цену уплачивает полученными на сохранение дарагими, — во всех этих случаях поклажеприниматель законным образом может воспользоваться полученною прибылью. Таково же мнение Кархи, и основание его заключается в том, что указание дарагимов при покупке не фиксирует таковых, но что, напротив, покупатель вправе дать другие дарагимы, им не указанные, и что полученная прибыль не имеет недостатка; за исключением того случая, когда, покупая рабу за полученные на сохранение дарагимы, он указывает на них и производит ими платеж. Ханифитские ученые, напротив, утверждают, что поклажеприниматель не вправе воспользоваться прибылью ни до уплаты вознаграждения, ни после нее; и это мнение общепринято, ибо этот закон был положительно приведен как в «Джами-ус-Сагире», так и в «Джами-ус-Кебире» при изложении учения о музарабате.

Но не другого рода прибыль. Если кто-либо купит на захваченную в незаконное владение тысячу дарагимов рабу, стоящую две тысячи, и подарит ее кому-либо, или купит на означенные деньги пшеницу и съест ее, то он не обязан дать что-либо на благотворительные дела. В этом все согласны. Основано это на том, что хотя раба стоит две тысячи дарагимов, но она не принадлежит к категории денежных имуществ, почему здесь не может быть речи о лихве, ибо лихва может иметь место лишь тогда, когда прибыль принадлежит к тому же роду имуществ, к которому относится капитал, на который она получена.

Раздел. О захваченных в незаконное владение предметах, видоизмененных действием незаконного владельца

Видоизменение захваченного в незаконное владение предмета переносит право собственности на незаконного владельца, который ответствен пред первоначальным собственником за стоимость предмета и не вправе воспользоваться какою-либо прибылью от этого предмета, пока не уплатит вознаграждения. Когда захваченный в незаконное владение предмет видоизменен действием незаконного владельца, так что теряет и свое название, и первоначальное назначение, то предмет этот отделяется от права собственника и становится собственностью незаконного владельца, который делается ответственным за него; и он не вправе воспользоваться прибылью от него, пока не уплатит вознаграждения. Примером этого может служить тот случай, когда кто-либо захватит козу, убьет ее, а затем сжарит или сварит; или захватит пшеницу и смелет ее в муку; или захватит железо и скует его в меч; или захватит глину и сделает из нее посуду. Таково мнение наших ученых. Имам Шафии утверждает, что после видоизменения предмета право собственника не погашается, а он вправе взять от незаконного владельца муку из его пшеницы. Существует также мнение Абу Юсуфа в этом же смысле. Он, однако, утверждает, что если собственник пре-

почтет получить муку из пшеницы, то не имеет права на вознаграждение за убытки, так как это повело бы к лихве; между тем как имам Шафии полагает, что он имеет право получить от незаконного владельца вознаграждение за убытки. Передают также мнение Абу Юсуфа, что право собственности на видоизмененный незаконным владельцем предмет прекращается для первоначального собственника, но что предмет этот может быть продан для уплаты ему долга (именно — вознаграждения) и что в случае смерти незаконного владельца он имеет преимущественное перед другими кредиторами право удовлетворения из упомянутого предмета. Имам Шафии доказывает, что, так как существо предмета осталось несмотря на видоизменение его, то отсюда следует, что право собственности первого владельца продолжается, так как качество есть лишь принадлежность существа. Например, когда ветер занесет пшеницу на чужую мельницу и пшеница эта будет смолота в муку, то она остается собственностью первого владельца пшеницы. Так же и в рассматриваемом случае. Что же касается действия незаконного владельца, видоизменяющего предмет, то таковое не принимается во внимание, так как это есть действие незаконное и, следовательно, не может служить основанием права собственности, как было объяснено в своем месте. Случай здесь такой же, как если бы действия этого вовсе не было, по тому же правилу, которое применяется, когда незаконный владелец убьет захваченную козу и разорвет шкуру ее на части. Наши ученые доказывают, что незаконный владелец совершил операцию, имеющую ценность, и потому разрушил право собственника в одном отношении, так как вид вещи уже не тот, вследствие чего название изменяется и многие основные свойства вещи разрушены; так, например, зерна пшеницы, которые могут быть посеяны, после превращения в муку не годятся уже для этой цели. Словом, при видоизменении захваченного предмета право собственника разрушается в одном отношении, а право незаконного владельца в рассуждении качеств установлено во всех отношениях; а посему право незаконного владельца имеет преимущество перед основным правом на эту вещь в части разрушения. (Что касается действия незаконного владельца, то оно считается основанием собственности не ввиду своей незаконности, но ввиду того, что оно производит изменение, имеющее ценность). Другое дело — в случае убийства козы незаконным владельцем и разорвания ее шкуры: после этих действий за козой все же сохраняется ее название, так как говорят: «Убитая коза». Что касается того, что «незаконный владелец не вправе воспользоваться какою-либо прибылью от предмета, пока не уплатит вознаграждения», то это основано на благоприятном толковании закона. По аналогии следовало бы заключить, что законно воспользоваться прибылью от вещи и до уплаты вознаграждения. Таково мнение Хасана и имама Зуфара и в том же смысле сохранилось предание об Абу Ханифе, переданное Абу-Лаисом. Основание аналогии заключается в том, что после видоизменения незаконный владелец становится собственником вещи и может относительно ее совершать всякие акты или получать прибыль от нее так же, как он может законным образом подарить или продать ее. Однако причина более благоприятного толкования заключается в том, что во времена Пророка, когда однажды коза была убита и зажарена без согласия собственника, Пророк приказал накормить ее мясом заключенных, желая этим разъяснить, что это мясо следу-

ет употребить на благотворительное дело. Но из этого повеления Пророка следует, что после видоизменения захваченного предмета таковой отделяется от права собственника и что незаконный владелец не вправе воспользоваться прибылью от него, пока он не удовлетворит собственника. Если бы при таких обстоятельствах незаконный владелец вправе был получить прибыль, то этим поощрялся бы захват вещей, а ввиду предупреждения таких нежелательных последствий пользование прибылью до уплаты вознаграждения не дозволено. Что касается приводимого Хасаном и имамом Зуфаром в подтверждение их мнения соображения, что «дарение или продажа вещи законны», то на это отвечают, что несмотря на незаконность получения прибыли от вещи, продажа или дарение оной законны, потому что упомянутый предмет составляет собственность незаконного владельца, а продажа или дарение вещи, считающейся собственностью по недействительному основанию, законны. Когда, однако, незаконный владелец даст вознаграждение за вещь, то он вправе воспользоваться прибылью от нее, потому что право собственника перешло к нему вследствие данного им вознаграждения так же, как если бы между ним и собственником произошел обмен по взаимному согласию. Равным образом он вправе воспользоваться прибылью от вещи: когда собственник освобождает его от уплаты вознаграждения, ибо вследствие такого освобождения право собственника прекращается; когда собственник получает вознаграждение от незаконного владельца или когда он требует таковое и незаконный владелец соглашается с ним, ибо в этом случае согласие собственника достигнуто; когда казий постановляет определение, предписывающее незаконному владельцу уплатить собственнику вознаграждение; или когда незаконный владелец уплачивает вознаграждение по определению казиза, ибо в этом случае согласие собственника достигнуто, так как казий постановляет определение лишь по его просьбе. Подобно тому, как существует разногласие между нашими учеными и имамом Шафии относительно этих случаев, такое же разногласие существует относительно случая завладения пшеницей и посева ее или завладения финиковыми косточками и посева их. Однако, по мнению Абу Юсуфа, даже в этих случаях незаконный владелец вправе пользоваться прибылью до уплаты вознаграждения, ибо он разрушил существо захваченной вещи во всех отношениях. Другое дело — в вышеприведенных случаях: там незаконный владелец не вправе воспользоваться прибылью, так как существо вещи в одном отношении продолжает существовать. Поэтому в случае посева захваченной пшеницы нет необходимости (по мнению Абу Юсуфа) отдавать на благотворительные дела часть продуктов земли, превышающую количество посеянного, и сумму, потраченную на обработку; в противоположность мнению имамов Абу Ханифы и Мухаммада, как уже было объяснено.

Видоизменение, произведенное над золотом и серебром, не переносит права собственности на них. Если кто-либо захватит в незаконное владение золото или серебро и превратит их в драгоценности или динары или сделает посуду, то эти металлы не перестают быть собственностью собственника (по Абу Ханифе), ввиду чего он вправе взять их от незаконного владельца без уплаты вознаграждения. Оба ученика утверждают, что незаконный владелец приобретает собственность на металл и должен первому собственнику одинаковое количество золота или серебра, ибо он совершил над ме-

таллом операцию, имеющую ценность и разрушающую в одном отношении право собственника, так как, поступая таким образом, он разломал металл, изменив первоначальное его назначение, поскольку золото и серебро в металле не может стать капиталом в договоре музарабата или товарищества, между тем как металл в монетах имеет эту способность. Абу Ханифа доказывает, что существо захваченной вещи налицо во всех отношениях, так что она сохраняет свое название, а цель, для которой золото и серебро употребляется, каковы цена и вес, также сохраняется, так что возможна лихва в отношении веса после превращения металла в монету, как и до того. Что касается способности золота и серебра (в монетах) быть капиталом, то это есть следствие труда, а не качество, присущее самой вещи. Труд не всегда увеличивает ценность, но иногда сопровождается увеличением ценности, иногда — нет. Например, когда один род вещей превращается в подобный же род: в этом случае труд не имеет цены.

Постройка здания на захваченной в незаконное владение балке переносит право собственности на балку на незаконного владельца. Если кто-либо захватит балку и построит на ней дом, то балка отделяется от права собственника, а незаконный владелец должен вознаградить его за стоимость балки. Имам Шафии утверждает, что собственник имеет право взять балку. Доводы обеих сторон по этому предмету приведены выше; но в данном случае к доводам наших ученых присоединяется новый, а именно: если бы (согласно мнению имама Шафии) собственник взял балку, то незаконный владелец понес бы ущерб, так как дом его был бы разрушен без всякого за то вознаграждения. Когда, напротив (согласно мнению наших ученых), балка отделяется от права собственника и становится собственностью незаконного владельца, то, хотя бы собственник потерпел от того ущерб, но ущерб этот устраняется вознаграждением со стороны незаконного владельца.

Когда незаконный владелец убьет захваченное животное, то собственник имеет право выбора между получением трупа (вместе с вознаграждением за убыток) или уступкою его незаконному владельцу с получением стоимости животного. Если кто-либо убьет захваченную чужую козу, то собственник имеет право или получить стоимость ее от незаконного владельца, уступив ему козу, или получить козу, приняв от незаконного владельца вознаграждение за убыток, происшедший от убиения козы. Таков же закон и в отношении верблюда или когда кто-либо отрубит один из членов козы или верблюда, принадлежащих другому. Это — согласно «Захири-Риваяту». Причина этого та, что в некоторых отношениях животное уничтожено, так как некоторые из его свойств прекратились (свойства давать молоко, производить потомство, переносить тяжести), в то время как некоторые свойства остаются (свойство служить пищею), ввиду чего случай этот подобен случаю учинения большого разреза в платье. Если, однако, кто-либо убьет или отрубит часть тела такого животного, мясо которого несъедобно, то собственник имеет право получить от него вознаграждение за всю стоимость, ибо убиение или изуродование является разрушением во всех отношениях. Другое дело, когда незаконный владелец отрубит руку или ногу раба или рабы: собственник должен получить обратно раба вместе с пенею, так как способность давать прибыль остается за человеком и после потери ноги или руки.

Незначительное повреждение захваченного сукна не переносит права собственности на него, но при значительном повреждении собственник имеет право или получить его обратно (вместе с вознаграждением за убытки), или уступить незаконному владельцу за стоимость его. Если кто-либо разорвет сукно, составляющее чужую собственность, причинив незначительное повреждение, то он ответствен за убыток, а сукно остается за собственником, так как существо его сохраняется во всех отношениях, потерпев лишь незначительное повреждение; между тем, если бы разрыв был значительный, так, что сукно стало бы негодным для многих назначений, то собственник имел бы право или получить всю стоимость сукна и отдать его незаконному владельцу (ибо он разрушил таковое во всех отношениях, как если бы сжег его), или получить сукно и вознаграждение за убыток, потому что значительный разрыв в одном отношении составляет лишь недостаток, так как существо сукна продолжает существовать, равно как и способность его служить для некоторых назначений. Следует заметить, что Кудури полагает, что значительным разрывом считается такой, который разрушает несколько свойств. Действительно, значительный разрыв есть тот, который уничтожает несколько частей сукна и несколько его свойств, причем некоторые части и некоторые свойства сохраняются (как, например, когда до повреждения сукно можно было употребить как для верхнего, так и для нижнего платья, а после того оно утратило это свойство), между тем как незначительный разрыв есть тот, который не разрушает свойств сукна, а лишь причиняет ущерб. Имам Мухаммад в «Мабсуте» сказал: «Разрез платья составляет большой ущерб, несмотря на то, что причиняет только разрушение некоторых свойств».

Случай насаждения и постройки на находящейся в незаконном владении земли. Если кто-либо незаконно овладевает землею и посадит на ней деревья или возведет постройки, то ему следует предписать удалить деревья, снести постройки и возвратить землю собственнику, ибо Пророк сказал: «Нет права над семенами притеснителя» (подразумевая посаженные деревья); а также потому, что имущество собственника продолжает существовать, как и раньше, ибо земля не разрушена и незаконный владелец не стал собственником; он может стать им лишь по одной из причин, из которых возникает собственность, каковой причины в данном случае не существует. Притом же незаконное владение не установлено¹; а потому лицо, воспользовавшееся таким образом чужою землею, должно очистить ее и возвратить собственнику так же, как в случае помещения кем-либо своей пищи в чужую посуду; если, однако, удаление деревьев или построек сопряжено с вредом для земли, то собственник ее имеет право уплатить собственнику деревьев или строения вознаграждение, равное стоимости их по удалению с земли, и, таким образом, стать самому собственником, ибо в этом выгода для обоих и этим устраняется несправедливость по отношению к обоим. Под словами «уплатить вознаграждение, равное стоимости их по удалению

¹ С первого взгляда кажется несообразным начинать изложение словами «если кто-либо незаконно овладевает» и т.д., а затем заявлять, что «незаконное владение не установлено». Однако выражение это означает лишь, что «незаконное владение, в смысле закона, влекущее вознаграждение, не установлено», по тому основанию, что незаконное владение не может иметь места относительно недвижимости.

с земли» следует разуметь стоимость деревьев или дома в тот момент, когда собственнику предписано удалить их, ибо право его простирается лишь на деревья и постройку, «подлежащие удалению», так как он не может оставить их на земле. Посему необходимо оценить землю без деревьев и построек, а затем оценить ее с деревьями и постройками: разница между обеими оценками и составит вознаграждение, которое собственник земли должен уплатить собственнику деревьев и постройки. Следует заметить, что стоимость деревьев или постройки, удаление которых требуется, менее стоимости деревьев или постройки, которые остаются, так как издержки на удаление должны быть исключены из стоимости деревьев и постройки, подлежащих удалению.

Случай окраски захваченного в незаконное владение сукна или перемола пшеницы в муку. Если кто-либо незаконно завладеет сукном и окрасит его в красный цвет или завладеет чужою мукою и смешает ее с маслом, то собственник вправе или получить от незаконного владельца вознаграждение, равное стоимости неокрашенного сукна, или равное количество муки с передачею красного сукна или смешанной муки незаконному владельцу, или получить красное сукно или смешанную муку, дав незаконному владельцу вознаграждение, равное добавочной стоимости, приобретенной этими предметами вследствие окраски или смешения. Имам Шаффи утверждает, что в случае окраски сукна собственник имеет право получить таковое, а затем предложить незаконному владельцу взять и отделить, насколько это в его власти, краску, ибо он считает этот случай аналогичным со случаем овладения участком земли. Другими словами, если кто-либо захватит чужой участок земли и возведет на нем постройку, то собственник вправе взять участок, предоставив незаконному владельцу скрыть и удалить свою постройку, ибо отделение краски от окрашенного сукна так же возможно, как удаление постройки с почвы, на которой она стоит. Другое дело — в случае смешения масла с мукою, ибо отделение масла невозможно. Наши ученые указывают на то, что в их учении обращено внимание на интересы обеих сторон, причем, однако, право выбора предоставляется собственнику сукна, так как ему принадлежит первоначальное право. Другое дело — в случае завладения участком земли, ибо здесь незаконный владелец имеет право на остатки дома после срытия его (то есть на кирпич, дерево и т.п.), между тем как краска по отделении от сукна потеряна и не может быть собрана незаконным владельцем. Другое также дело, когда платье будет занесено ветром в красильный чан и, таким образом, будет окрашено. В этом случае красильщик не ответствен за платье; напротив, собственник платья должен взять его в окрашенном виде и уплатить стоимость краски, так как со стороны красильщика нет никакой вины. Следует заметить, что Абу-Ассама сказал, что когда кто-либо завладеет чужим сукном и окрасит его, то собственник сукна может, если ему угодно, продать его и вычесть из полученной цены сумму, равную стоимости неокрашенного сукна, а красильщику отдать сумму, равную стоимости краски. Так как собственник сукна волен отказаться от получения краски и уплаты вознаграждения за нее, то отсюда следует, что если он откажется получить уплату, то сукно должно быть продано, чтобы он мог получить свою часть и чтобы были соблюдены интересы обеих сторон. Эти рассуждения Абу-Ассама одинаково применимы к случаю, когда

платье окрашивается, будучи занесено ветром в чан красильщика, а также и к случаю с мукою. Но так как мука принадлежит к числу заменимых предметов, то вознаграждение за нее должно заключаться в отдаче подобного предмет, между тем как за сукно, не принадлежащее к числу заменимых предметов, уплата стоимости составляет вознаграждение. Имам Мухаммад в «Мабсуте» говорит, что и вознаграждение за муку должно состоять в уплате стоимости, потому что мука, будучи испечена, изменяется и уже не принадлежит к числу заменимых предметов. Некоторые объясняют, что стоимость муки означает равное количество ее и что имам Мухаммад употребил слово «стоимость» вместо термина «подобный», ибо подобный предмет составляет эквивалент, как и стоимость. Следует заметить, что желтая краска — то же самое, что и красная; но относительно черной существует разногласие: Абу Ханифа считает ее недостатком, между тем как оба ученика утверждают, что она не составляет недостатка, а, напротив, придает сукну добавочную ценность. Некоторые объясняют, что это разногласие объясняется разницею во времени, а другие — что если сукно такого рода, что окраска его в черный цвет уменьшает ее ценность, то такую окраску следует считать ущербом или недостатком; но если сукно такого рода, что окраска его в черный цвет увеличивает его стоимость, то нет разницы между черным и красным цветами. Если, однако, захваченное сукно такого рода, что окраска его в красный цвет уменьшает его стоимость (как, например, когда до окраски оно стоило 30 дарагимов, а после нее лишь 20), то относительно этого случая передают мнение имама Мухаммада, что следует принять во внимание добавочную стоимость, которую окраска в красный цвет произвела бы относительно другого сукна, и если она достигает пяти дарагимов, то собственник сукна имеет право взять таковое и сверх того получить пять дарагимов от незаконного владельца, ибо собственник сукна имеет право получить от незаконного владельца вознаграждение в десять дарагимов за убытки в сукне; а незаконный владелец имеет право получить пять дарагимов от собственника как стоимость краски, произведшей увеличение стоимости другого куска сукна. Отсюда, собственник вправе получить от незаконного владельца пять дарагимов, а остальные пять дарагимов засчитываются как стоимость краски.

Раздел

Незаконный владелец, повредивший захваченный предмет, становится собственником его, когда хозяин потребует стоимость этого предмета. Если кто-либо незаконно завладеет движимыми предметами или мебелью и повредит их, а собственник потребует от незаконного владельца уплаты их стоимости, то незаконный владелец становится собственником этих вещей, по мнению наших ученых. Имам Шафии утверждает, что незаконный владелец не становится собственником, ибо захват вещи, будучи актом насильственным и подзаконным, не может служить основанием приобретения права собственности; таким же образом, как если кто-либо завладеет мудаббаром и причинит ему вред, а собственник возьмет у него стоимость мудаббара как вознаграждение за убытки, в каковом случае незаконный владелец не становится собственником мудаббара. Наши ученые доказывают, что собственник вещи получает эквивалент ее; а так как вещь эта способна переходить из собственности одного

лица в собственность другого, то незаконный владелец становится собственником ее для устранения ущерба, который он иначе понес бы. Другое дело — случай с му-даббаром, так как таковой не способен переходить из собственности одного в собственность другого.

Размер каковой удостоверяется заявлением незаконного владельца, подкрепленным присягою, или представленными собственником доказательствами. Следует заметить, что при установлении стоимости захваченного предмета должно верить заявлению незаконного владельца, подкрепленному присягою, ибо собственник является истцом, требующим значительную сумму, размер которой незаконный владелец оспаривает; а заявлению отрицающего, подкрепленному присягою, следует верить, если только собственник не представит доказательств в подтверждение своего требования; тогда должно верить заявлению собственника как подтвержденному данными, составляющими убедительное доказательство.

После получения стоимости предмета собственник не может потребовать его обратно, если вознаграждение соответствовало его требованию. Посему, если захваченный предмет будет восстановлен или найден в такое время, когда стоимость его превышает данное незаконным владельцем вознаграждение, и вознаграждение это было дано вследствие требования собственника, или представленных им доказательств, или отсутствия возражений со стороны незаконного владельца, то собственник не имеет права получить означенную вещь; напротив, она остается собственностью незаконного владельца, ибо право его на нее вполне установлено по основанию, связанному с согласием собственника, так как он желал получить выданное ему вознаграждение. Если бы, напротив, собственник получил вознаграждение согласно заявлению незаконного владельца, подкрепленному присягою, то он имел бы право или согласиться на полученное им вознаграждение, или получить захваченную вещь и возратить незаконному владельцу данное им вознаграждение. При таких обстоятельствах согласие собственника не было полным в отношении размера вознаграждения, так как он требовал большее вознаграждение, но был принужден получить предлагаемое за отсутствием доказательств в подтверждение большего размера. Если, с другой стороны, захваченный предмет будет найден в такое время, когда стоимость его равна или менее полученного вознаграждения, и собственник принял таковое согласно заявлению или присяге незаконного владельца, то применяется (по «Захири-Риваяту») только что изложенный закон, то есть собственник может или согласиться на полученное им вознаграждение, или взять у собственника захваченную вещь и возратить ему полученное вознаграждение. Это общепринято, так как согласие собственника на получение означенного вознаграждения не было полным, ибо он требовал большую сумму, которую не получил; а ввиду такого отсутствия согласия он имеет право выбора.

Продажа незаконным владельцем захваченного раба действительна после получения собственником стоимости раба в виде вознаграждения, но отпущение раба на волю недействительно. Если кто-либо завладеет рабом и продаст его, а собственник получит от незаконного владельца стоимость этого раба в виде вознаграждения, то продажа действительна. Если, напротив, незаконный владелец отпустит раба на волю, а

собственник затем получит вознаграждение, то отпущение на волю недействительно, ибо право собственности, устанавливаемое для незаконного владельца при уплате им вознаграждения, не свободно от недостатков как установленное с обратным действием ввиду необходимости (вследствие чего право собственности незаконного владельца простирается на заработок раба, но не на его потомство; другими словами, если кто-либо незаконно завладеет рабой и будет получать ее заработок, а затем уплатит собственнику вознаграждение, то заработок рабы составляет его собственность; но если она родит детей, находясь в его владении, и затем он уплатит собственнику вознаграждение, то дети не составляют его собственности). Словом, право собственности, установленное для незаконного владельца в силу уплаты им вознаграждения, имеет недостатки, а такое, не свободное от недостатков, право собственности достаточно для узаконения продажи, но не отпущения на волю так же, как и право собственности, установленное для мукатаба относительно его заработка, имеет пороки; но если бы он продал раба, приобретенного на заработанные деньги, это было бы действительно; если бы, с другой стороны, он отпустил раба на волю, то это отпущение было бы недействительно.

Плод захваченного имущества составляет поклажу в руках незаконного владельца. Произведения захваченного в незаконное владение сада и дети захваченной рабы вместе с произведениями их (каково увеличение роста и красоты), составляют поклажу в руках незаконного владельца. Посему, если они будут уничтожены, то он не ответствен за них, если только не совершил по отношению к ним правонарушения или не отказался выдать их по требованию собственника, ибо в этих случаях он ответствен. Имам Шафии утверждает, что приращение в захваченном предмете, будет ли оно соединено с этим предметом (увеличение роста или красоты) или отделено от него (приплод), составляет предмет ответственности, ибо незаконное владение в отношении их установлено: незаконное владение есть установление владения над чужим имуществом без согласия собственника. А так как это определение применимо и ко всякому приращению к такому имуществу, то и оно составляет предмет ответственности, хотя незаконный владелец и не лишил собственника владения им; так же, как молодая косуля есть предмет ответственности, когда кто-либо захватит самку оленя со священной земли, окружающей Мекку, и самка, находясь в его владении, произведет на свет детеныша, который не был во владении собственника, так что последний и не мог быть лишен владения им. Наши ученые доказывают, что незаконное владение есть «установление над чужим имуществом владения, разрушающего владение собственника». Но собственник не владел приращением, так что это владение и не могло быть уничтожено. Кроме того, если и признать владение собственника относительно приращения ввиду зависимости такового от предмета, составляющего его собственность, то все-таки его владение продолжается и незаконный владелец не разрушил его, ибо очевидно, что незаконный владелец не воспрепятствовал ему получить приращение; но если незаконный владелец откажется выдать его по требованию собственника, то он ответствен перед ним за него так же, как если он совершит относительно него правонарушение, разрушив, убив, съев или продав и передав приращение покупщику. Что касается вышеупомянутой косули, то она не

составляет предмета ответственности, если будет уничтожена до того времени, когда правонарушитель получит возможность поместить ее на священную землю, ибо до того времени он не виновен в оказании собственнику препятствия. Словом, он подлежит ответственности только тогда, когда уничтожает косулю после получения возможности поместить ее на священную землю, ибо он тогда виновен в воспрепятствовании после установления права истца.

Незаконный владелец рабы не ответствен за вред, понесенный ею вследствие беременности, если только стоимость ребенка соответствует этому вреду. Если раба, находясь в незаконном владении, понесет вред вследствие беременности и стоимость ребенка будет равна понесенному вреду, то незаконный владелец не обязан вознаградить за это. Имамы Шафии и Зуфар утверждают, что стоимость ребенка не может являться вознаграждением за вред, ибо ребенок составляет собственность хозяина рабы и, следовательно, не может быть употреблен как вознаграждение за понесенный ею вред, как и в вышеприведенном случае с косулюю; то есть если кто-либо вытащит самку оленя из священной земли, она произведет на свет детеныша и при родах понесет вред, стоимость же детеныша будет соответствовать вреду, то незаконный владелец не только обязан вернуть оленя и детеныша на священную землю, но и вознаградить за вред. То же самое, когда ребенок умрет до возвращения матери незаконным владельцем, или когда мать умрет в родах и стоимость ребенка достаточна для вознаграждения за потерю, или когда кто-либо выстрижет шерсть с чужой овцы, или срубит ветви с чужого дерева, или оскопит раба, или научит его искусству, вследствие которого он становится в некоторых отношениях негодным¹. Во всех этих случаях, действующее таким образом лицо ответственно за вред, хотя бы стоимость предмета и увеличилась вследствие того. Наши ученые доказывают, что в рассматриваемом случае причина приращения и вреда одна и та же, именно — рождение ребенка, а при такой причине вред не принимается в расчет, потому что, в противоположность ему, достигнуто приращение. Посему вред такого рода не влечет ответственности, и случай здесь аналогичен с тем, когда кто-либо завладеет полною рабою, которая затем похудеет, а затем снова пополнеет; или которая потеряет два передних зуба, а затем получит два новых; или когда кто-либо отрубит руку захваченного раба, находящегося в незаконном владении, и незаконный владелец получит пеню за него и отдаст таковую вместе с рабом собственнику. Во всех этих случаях незаконный владелец не обязан платить вознаграждение за вред. Что касается случая с косулюю, приведенного имамами Зуфаром и Шафии, то его не признают применимым сюда. Что касается, далее, случая смерти матери при родах, то относительно его существуют два мнения. Первое заключается в том, что если стоимость ребенка достаточна для вознаграждения вреда, то она и принимается как вознаграждение; а второе (согласно с «Захири-Риваятом») в том, что стоимость ребенка не может являться вознаграждением за вред по той причине, что разрешение от бремени нельзя рассматривать как причину смерти матери, ибо роды не всегда сопровождаются смертью, а

¹ То есть негодным в отношении той цели, для которой хозяин его предназначал, например, вследствие утраты здоровья или случайности при изучении искусства.

гораздо чаще оканчиваются благополучно. Когда, с другой стороны, ребенок умрет раньше возвращения матери, то вред не считается вознагражденным, ибо существовала необходимость возвращения главного предмета (матери) в том виде, в каком он был во время незаконного овладения; а так как она (мать) впоследствии потерпела вред при рождении ребенка и плод вреда (ребенок) не может вследствие смерти быть отдан вместе с матерью, то отсюда следует, что мать не возвращается в том состоянии, в котором она была в момент овладения. Что касается оскотления раба, то это не есть приращение и делается лишь некоторыми развращенными людьми. Другие приведенные имамами Зуфаром и Шафии примеры не имеют причину приращения и вреда одно и то же обстоятельство, ибо причиной вреда для дерева является отнятие его ветвей, причиной же приращения — рост дерева; причина вреда в случае с овцой есть стрижка ее шерсти, причиной же приращения — рост животного; причиной вреда для раба служит обучение его, а причиной приращения — ум раба.

Незаконный владелец рабы, от которого она забеременеет, ответствен за ее стоимость, когда она умрет в родах после ее возвращения. Если кто-либо завладеет рабой, будет иметь с нею половое сношение и она забеременеет, он же возвратит ее в этом положении собственнику и она умрет в родах, то незаконный владелец должен уплатить стоимость ее в тот день, когда она стала беременною; но если бы она была свободною, то, по Абу Ханифе, не требовалось бы никакого вознаграждения. Оба ученика утверждают, что вознаграждения не полагается и в том случае, когда она раба. Доводы их заключаются в том, что по возвращении незаконным владельцем рабы собственнику ее, если возвращение это было действительное и полное, то считается, что собственник принял ее в свое имущество; а так как вследствие сего случай, от которого она умерла (роды), считается происшедшим в то время, когда она находилась во владении собственника, то незаконный владелец не ответствен за нее таким же образом, как если бы находящаяся в незаконном владении раба заболела, например, лихорадкою, незаконный владелец возвратит ее собственнику в этом положении и она умрет, находясь во владении собственника; или когда находящаяся в незаконном владении раба совершит с кем-либо блуд и будет возвращена собственнику, а затем понесет наказание за блуд и вследствие того умрет: ни в одном из этих случаев незаконный владелец не ответствен, так же, как и продавец, продавший беременную рабу, которая затем умрет в родах, находясь во владении покупателя. Абу Ханифа доказывает, что так как незаконный владелец захватил рабу в то время, когда причина ее гибели не существовала в ней, а возвратил ее тогда, когда причина эта крылась в ней, то он возвратил ее не в том состоянии, в котором взял; следовательно, возвращение не было полное и действительное. Случай здесь тождествен с тем, когда захваченная раба, совершившая во владении незаконного владельца преступление, затем будет казнена за это преступление, находясь уже во владении собственника, или будет выдана мстителю за обиду вследствие того, что преступление было совершено неосторожно, а не намеренно, в каковых случаях собственник вправе получить всю стоимость ее от незаконного владельца. Так и в рассматриваемом случае. Другое дело, когда захваченная женщина свободна, ибо нет ответственности за захват свободной женщины; следовательно, незаконный владелец не ответствен после

возвращения ее, хотя бы возвращение это и было недействительно. Что касается покупки беременной рабы, то следует заметить, что так как продавец обязан передать ее не потому, что он захватил ее, и в том состоянии, в каком ее захватил (что составляет условие действительной передачи в случае незаконного владения), то отсюда следует, что здесь нет аналогии. Что касается, далее, случая совершения захваченною рабою блуда и смерти ее вследствие наказания за блуд, то должно ответить, что блуд влечет за собою лишь наказание розгами, причиняющее боль, но не смерть, и потому в этом случае нет причины гибели, возникшей во время владения незаконного владельца.

За пользование захваченным предметом не полагается наемной платы, но законный владелец ответствен за всякий нанесенный этому предмету вред. Незаконный владелец не ответствен за пользование захваченным предметом¹; но если предмету этому будет нанесен вред, то он ответствен за убытки. Имам Шафии утверждает, что незаконный владелец ответствен за пользование захваченным предметом и, следовательно, обязан уплатить соразмерную арендную или наемную плату. Следует заметить, что нет разницы между учением имама Шафии и наших ученых в том случае, когда кто-либо завладеет домом и оставит его незанятым или сам займет его. По обоим учениям, незаконный владелец не ответствен за пользование домом. Имам Малик утверждает, что если незаконный владелец сам занимает дом, то он ответствен за соразмерную арендную плату; но не ответствен, если оставляет дом незанятым. Имам Шафии доказывает, что пользование имуществом подлежит оценке и, следовательно, составляет предмет ответственности при незаконном владении. Доводы наших ученых в этом отношении — двойкого рода. Во-первых, пользование достигается незаконным владельцем во время его владения; пользование это не существовало у собственника, так как это есть не длящееся, а временное явление; а если так, то он имеет право на это пользование и, следовательно, не ответствен за него, ибо никто не ответствен за то, на что имеет право. Во-вторых, между пользованием и собственностью нет подобия как между дарагимами и динарами, ибо пользование есть принадлежность, между тем как собственность есть существо. Пользование материальными предметами не может влечь ответственность, потому что требуется подобие между вознаграждением и предметом, за который оно дается. Что касается утверждения имама Шафии, что «пользование имуществом подлежит оценке», то оно не принято, так как пользование считается подлежащим оценке только в договорах найма ввиду необходимости, но в случаях незаконного владения никакого договора не существует. Однако когда захваченный предмет будет поврежден, находясь во владении незаконного владельца, то полагается вознаграждение за убытки.

Раздел. О захвате вещей, не имеющих стоимости

Мусульманин ответствен за повреждение вина или свиный зиммийя. Если мусульманин испортит вино или свиный зиммийя, принадлежащие зиммийю, то он должен вознагра-

¹ То есть он не обязан платить наемную плату за пользование.

дить за их стоимость; если же он испортит вино или свинью, принадлежащие мусульманину, то никакого вознаграждения не полагается. Имам Шафии утверждает, что и в первом случае не полагается вознаграждения. Подобное же разногласие существует относительно случая порчи вина или свиньи зиммием у зиммия или продажи одного из этих предметов одним зиммием другому, ибо такая продажа законна, по мнению наших ученых, в противоположность мнению имама Шафии. Имам Шафии доказывает, что вино или свинья для мусульман не составляют предметов, имеющих ценность, так же, как и для зиммиев, ибо последние в отношении предписаний закона подчинены мусульманам. Посему за порчу этих предметов вознаграждения имущества не полагается. Наши ученые доказывают, что вино и свинья для зиммиев составляют имущество, имеющее ценность, ибо для них вино — то же самое, что уксус для мусульманина, а свинина — то же самое, что баранина; а так как нам, мусульманам, предписано предоставить им следовать предписаниям их религии, то мы не имеем права подчинять их нашим правилам. Посему, так как вино и свинья составляют для них имущество, имеющее ценность, то отсюда следует, что тот, кто разрушает эти принадлежащие им предметы, тот разрушает принадлежащие им ценные предметы, в противоположность случаю с падалью или кровью, ибо таковые не считаются имуществом ни по какой религии.

И должен вознаградить за них уплатою их стоимости. Отсюда ясно, что если мусульманин испортит вино или свинину зиммия, то он должен вознаградить за стоимость свинины или вина, несмотря на то, что предметы эти принадлежат к числу заменимых, потому что мусульманин не вправе передавать собственность на вино, так как это значило бы оказывать вину почет. Другое дело, когда один зиммий продает вино другому или портит вино зиммия. В этих случаях продавец обязан передать покупщику вино, а лицо, испортившее вино, обязано дать собственнику в виде вознаграждения одинаковое количество его, так как перенесение права собственности на вино не воспрещено зиммиям, в противоположность лихве, так как таковая исключена из договоров зиммиев; или случая с рабом зиммия, который, бывши мусульманином, станет вероотступником: если мусульманин убьет такого раба, то он не ответствен перед зиммием, несмотря на то, что зиммий считает раба ценным имуществом, потому что нам, мусульманам, предписано показывать наше отвращение к вероотступникам. Другое дело — в случае намеренного упущения тасмии, или молитвенного обращения, при убиении животного, когда собственник считает такое упущение законным, принадлежа, например, к секте имама Шафии. Другими словами, если лицо, принадлежащее к мазхабу Абу Ханифы, уничтожит мясо животного, убитого таким способом лицом, принадлежащим к секте имама Шафии, то ханифит не ответствен перед шафиитом, несмотря на то, что последний, согласно учению имама Шафии, считал убитое животное ценным имуществом, ибо ханифит наделен авторитетом убедить шафиита в незаконности его практики, поскольку ему дозволяется установить незаконность таковой рассуждением и доводами.

Изменение, произведенное над находящимся в незаконном владении предметом посредством труда, не сопряженного с расходами, не переносит права собственности; но если труд сопряжен с расходами, то право собственности переходит к незаконному вла-

дельцу, который должен дать вознаграждение. Если кто-либо захватит вино, принадлежащее мусульманину, и превратит его в уксус, ставя попеременно на солнце и в тень, или захватит кожу падали, выдубит и выделает ее посредством какого-либо имеющего ценность вещества, то собственник вина вправе взять уксус, ничего не давая незаконному владельцу, а собственник кожи вправе взять таковую по уплате незаконному владельцу стоимости приращения к ней вследствие выделки. В первом случае превращение вина в уксус есть лишь очищение его, так же, как беление сукна; а посему право на уксус остается за собственником, так как превращением вина в уксус не создается нового свойства, между тем как во втором случае к коже присоединяется имеющий ценность предмет, принадлежащий незаконному владельцу, а потому случай этот тот же, как при окраске платья. Согласно сему собственник вина вправе взять от незаконного владельца уксус без всякого вознаграждения, а с другой стороны, собственник кожи вправе взять ее от незаконного владельца, уплатив ему за приращение к ней вследствие выделки. Стоимость этого приращения устанавливается вычислением сперва стоимости невыделанной кожи, а затем стоимости выделанной: разница должна быть уплачена незаконному владельцу. В этом случае незаконный владелец вправе также удержать приспособленный предмет, пока не получит удовлетворения, так же, как продавец вправе удержать проданные вещи в обеспечение уплаты цены их. Если незаконный владелец уничтожит уксус или выделанную кожу, то он ответствен за уксус, но не за кожу, по мнению Абу Ханифы. Оба ученика утверждают, что он ответствен и за кожу, имея, однако, право на получение вознаграждения за приращение. Основание к ответственности за уксус заключается в том, что так как он остается собственностью хозяина вина, составляя в то же время ценный предмет, то отсюда следует, что незаконный владелец ответствен за уничтожение его; а так как уксус принадлежит к числу заменимых предметов, то вознаграждение должно состоять в выдаче одинакового количества уксуса. Что касается кожи, то основания ответственности за нее (по мнению обоих учеников) двойного рода. Во-первых, она продолжает принадлежать собственнику, так что он вправе взять ее обратно от незаконного владельца; а так как она составляет ценный предмет, то отсюда следует, что ввиду уничтожения ее незаконным владельцем собственник вправе получить от него вознаграждение, соответствующее стоимости выделанной кожи, уплатив ему затем приращение стоимости вследствие выделки; так же, как если кто-либо завладеет чужим сукном и окрасит его, а затем уничтожит: в этом случае он ответствен за сукно пред собственником, получая от него в то же время разницу в стоимости, происшедшую вследствие окраски сукна. Во-вторых, незаконный владелец обязан был возвратить выделанную кожу, ввиду чего по уничтожении ее он обязан дать за нее вознаграждение, именно — уплатить стоимость ее так же, как если ссудоприематель уничтожит полученную в ссуду вещь: в таком случае он ответствен за ее стоимость. Следует, однако, заметить, что если кожа будет уничтожена во владении незаконного владельца, но не по его вине, то, по мнению всех наших ученых, он не ответствен за нее независимо от того, употребил ли для выделки предмет ценный или не имеющий стоимости. Что касается мнения обоих учеников, что «собственник должен получить стоимость выделанной кожи от незаконного владельца, упла-

тив ему затем приращение стоимости вследствие выделки», то это основано на том предположении,⁶ что стоимость кожи и выделки ее разнородна, как если бы стоимость кожи выражалась в динарах, а работы — в дарагимах, ибо если и то, и другое выражено в одних монетах, то собственник должен вычесть сразу из стоимости кожи стоимость работы и взять разницу от незаконного владельца, так как было бы бесполезно сперва получить от него всю стоимость, а затем вернуть часть ее. Абу Ханифа доказывает, что упомянутая кожа получила ценность вследствие труда незаконного владельца, именно — выделки ее, которая представляет известную ценность, так как он присоединил к коже ценное имущество (отсюда — право удержания выделанной кожи до получения вознаграждения за выделку). Посему труд составляет его право, а кожа представляется, в отношении ценности своей, принадлежностью труда, являющегося главным предметом; а так как незаконный владелец не ответствен за главный предмет, именно — за труд, то он не ответствен за принадлежность, то есть за кожу, как не ответствен, когда кожа уничтожена во время его владения без его вины. Другое дело, когда кожа налицо: в этом случае, незаконный владелец обязан вернуть ее собственнику, потому что возвращение ее есть следствие права собственности, и в отношении этого права кожа не есть принадлежность операции выделки ее, ибо право собственника на кожу установлено раньше выделки ее, хотя в то время она и не составляла предмета, имеющего ценность. Это противоположно случаю с сукном или с кожей животного, убитого с соблюдением предписанных обрядов; собственник их вправе получить вознаграждение от незаконного владельца, так как оба эти предмета имели ценность до выделки или окраски и, следовательно, не зависят в отношении своей ценности от труда. Следует заметить, что в рассматриваемом случае (то есть когда незаконный владелец употребил для выделки вещество, имеющее ценность, и кожа находится в его владении), если собственник согласен оставить кожу незаконному владельцу и получает от него вознаграждение за стоимость, то, по мнению некоторых, это незаконно, так как кожа не имеет никакой цены. (Иначе — в случае окраски сукна, так как краска есть ценный предмет). Другие, напротив, говорят, что (по Абу Ханифе) собственнику это не дозволяется, но что, по мнению обоих учеников, это ему дозволено, потому что когда собственник отказывается взять обратно выделанную кожу и, оставляя таковую незаконному владельцу, требует от него вознаграждения, то незаконный владелец не волен вернуть кожу. Здесь такой же случай, как если бы он уничтожил кожу. Относительно этого между Абу Ханифою и обоими учениками существует разногласие. Некоторые говорят, что, по мнению обоих учеников, собственник должен получить от незаконного владельца стоимость выделанной кожи и вернуть ему приращение, происшедшее вследствие выделки, так же, как и в случае уничтожения; между тем как другие говорят, что собственник имеет право лишь на стоимость невыделанной кожи животного, убитого с соблюдением предписанных обрядов. Все изложенное по этому предмету основано на предположении, что незаконный владелец употребил на выделку ценное вещество. Если же он употребил на это вещество, не имеющее цены, например, воспользовался для выделки сыростью или солнечною теплою, то собственник вправе получить от него кожу без вознаграждения, ибо такого

рода выделка равносильна мытью платья. Равным образом, если незаконный владелец уничтожит кожу, то он ответствен за стоимость ее в выделанном виде. Некоторые, напротив, говорят, что он ответствен за стоимость ее в невыделанном виде, так как выделка, составляя его собственное приобретение, не подвергает его ответственности. Первое мнение принято большинством современных правоведов, и основанием его служит то, что состояние выделанности, будучи принадлежностью кожи, не может быть отделено от нее; следовательно, когда возникает ответственность по отношению к главному предмету (коже), то она возникает и относительно принадлежности, именно — качества выделанности.

Случай превращения вина в уксус путем примеси ценного вещества. Если незаконный владелец превратит вино в уксус, всыпав в вино соль, то правоведы говорят, что, по Абу Ханифе, уксус становится собственностью незаконного владельца без всякого с его стороны вознаграждения, между тем как, по мнению обоих учеников, собственник вправе взять уксус, дав незаконному владельцу вознаграждение за приращение к предмету вследствие примеси соли (то есть он должен дать ему количество уксуса, равное весу соли). Если, напротив, собственник желает оставить уксус незаконному владельцу и получить вознаграждение за стоимость его, то относительно этого случая существуют те же два мнения, которые приведены относительно случая выделки кожи. Равным образом, если незаконный владелец уничтожит вино, то он, по Абу Ханифе, не ответствен, в противоположность мнению обоих учеников, как уже было объяснено при рассмотрении случая выделки кожи. Если незаконный владелец превращает вино в уксус, вливая в него уксус, то относительно этого случая передают мнение имама Мухаммада: если вино превратится в уксус до истечения часа со времени влития уксуса, то таковой принадлежит незаконному владельцу, который не обязан дать вознаграждение, потому что влитие уксуса равносильно уничтожению вина, а вино не есть предмет, имеющий цену. Если, с другой стороны, вино вследствие недостаточного количества влитого уксуса превратится в уксус лишь спустя долгое время, то его следует разделить между незаконным владельцем и собственником по соразмерности, то есть незаконный владелец имеет право на часть, соответствующую количеству влитого уксуса, а собственник — на часть, соответствующую количеству вина, потому что незаконный владелец смешал свой уксус с тем, что стало уксусом собственника; а это (по мнению имама Мухаммада) не есть уничтожение. Однако, по мнению Абу Ханифы, уксус в обоих случаях становится собственностью незаконного владельца, потому что самый акт влития уксуса в вино (по его мнению) есть уничтожение вина; а это уничтожение ни в каком случае не влечет ответственности. Если смотреть на это как на уничтожение вина, то это есть уничтожение предмета, не имеющего цены; если же считать это уничтожением уксуса, то это есть уничтожение собственного имущества, так что уксус становится собственностью незаконного владельца. По имаму Мухаммаду, незаконный владелец не ответствен, когда уничтожает жидкость после того, как она превратилась в уксус в течение часа после влития в нее другого уксуса. Так как в этом случае он приобретает право собственности на целое, то, следовательно, уничтожает лишь свое имущество, между тем как если он уничтожит жидкость, когда она превратилась в уксус

спустя долгое время, то он ответствен, так как уничтожает чужое имущество. Что касается сказанного в Кудури, то некоторые из наших современных законовевов говорят, что оно имеет общее значение, то есть что во всех случаях превращения вина в уксус собственник вправе взять его без всякого вознаграждения незаконного владельца. Вещь, примешанная незаконным владельцем к вину, не имеет цены, потому что она сама становится вином, а вино не имеет цены. Существует немало мнений по этому предмету, которые приведены автором настоящего сочинения в «Кафайяте» и «Мунтиги».

Уничтожение музыкального инструмента или приготовленного напитка мусульманина влечет ответственность. Если кто-либо ломает лютню, дудку или цимбалы мусульманина или прольет его сиккер¹ или мониссаф², то он ответствен, так как продажа этих предметов, по Абу Ханифе, законна. Оба ученика утверждают, что он не ответствен, так как эти вещи не могут быть предметом продажи. Некоторые говорят, что это разногласие касается только таких музыкальных инструментов, которые употребляются исключительно для забавы; но если кто-либо разобьет барабан, который употребляется на войне, или тамбурин, или цимбалы, которые дозволено употреблять на брачном пире, то он ответствен, по мнению всех наших ученых. Некоторые говорят также, что определения об ответственности постановляются согласно мнению обоих учеников. Относительно жидкости, слегка вскипяченной, называемой базик³, передают мнения Абу Ханифы: первое — что жидкость составляет предмет продажи и ответственности, а второе — что она не является таким предметом. Оба ученика доказывают, во-первых, что все эти предметы изготавливаются с целью, нарушающей закон, а потому не составляют ценного имущества; во-вторых, что действие упомянутого лица устраняет злоупотребление; а так как нам предписано устранять злоупотребления, где бы они ни происходили, то, следовательно, лицо это не ответственно так же, как оно не было бы ответственно, если бы сделало это по приказанию судьи. Абу Ханифа рассуждает, что упомянутые предметы составляют собственность, так как способны принести законную выгоду, хотя ими можно пользоваться и незаконно, и посему имеют сходство с певичею, ввиду чего нет основания не считать их имуществом, имеющим ценность. Так как эти предметы (по Абу Ханифе) представляют ценность, то лицо, уничтожившее их, обязано дать вознаграждение, и если кто-либо продал их, то продажа законна, ибо обязанность вознаграждения и законность продажи зависят от того, составляет ли предмет имущество и может ли быть оценен, — обстоятельства, существующие в отношении упомянутых предметов. Сверх того, устранение злоупотреблений вверено судьям; они имеют возможность, по свойству их должности, осуществить эту цель; но оно не вверено другим лицам, если выражается не исключительно в словесном поучении и совете.

¹ Под сиккером разумеют сок незрелых фиников, которому дают бродить и приобретать крепость без кипячения.

² Под мониссафом разумеют сок незрелого винограда, выкипяченного до половины.

³ Род финикового вина.

И уничтожившее эти предметы лицо должно уплатить сумму, равную их внутренней стоимости. Следуя учению Абу Ханифы, должно признать, что лицо, уничтожившее указанные предметы, ответственно за стоимость, которую они имеют сами по себе, независимо от того удовольствия, которое доставляют. Так, например, если будет нанесен вред певиче, то ее следует ценить только как рабу; и то же самое относительно боевого барана или петуха либо раба-свнуха. Другими словами, если один из этих предметов будет уничтожен, то он должен быть оценен так же, как если бы не был способен на то легкомысленное и дурное употребление, для которого им обыкновенно пользуются; и то же следует сказать относительно дудок, тамбуринов и других музыкальных инструментов. Следует заметить, что в случае пролития сиккера или мониссафа лицо, виновное в пролитии, отвечает стоимостью пролитого, а не одинаковым количеством его, так как мусульманину неприлично быть собственником таких предметов. Если, напротив, кто-либо уничтожит крест, принадлежащий христианину, то он ответствен за стоимость его, ибо христианам предоставлено исполнять обряды их религии.

Незаконный владелец мудаббары ответствен за ее стоимость, если она умрет в его владении, но незаконный владелец мукатабы не ответствен. Если кто-либо незаконно завладеет чужою мудаббарою и она умрет в его владении, то он ответствен за ее стоимость; между тем как если кто-либо завладеет чужою умми-валяд, которая умрет в его владении, то он не ответствен. Таково мнение Абу Ханифы. Оба ученика утверждают, что незаконный владелец в обоих случаях ответствен за стоимость. Причина этого разногласия заключается в том, что мудаббара всеми признается ценным имуществом, а умми-валяд не подлежит оценке, по Абу Ханифе, а по мнению обоих учеников — подлежит.

КНИГА XXXVIII О ШИФАТЕ

Определение термина. Шифат на языке закона означает приобретение собственности над проданною землею за ту же цену, за которую покупатель купил ее, хотя бы он и не был согласен на обратную продажу. Корень, от которого происходит это слово, означает связь, и проданные земли связаны здесь с землею шафи, или лица, требующего право преимущественной купли.

- | | |
|------------|---|
| Глава I. | О лицах, которым принадлежит право шифат. |
| Глава II. | О требованиях шифата и о спорах относительно его. |
| Глава III. | О предметах, к которым применяется шифат. |
| Глава IV. | Об обстоятельствах, уничтожающих право шифат. |

Глава I

О ЛИЦАХ, КОТОРЫМ ПРИНАДЛЕЖИТ ПРАВО ШИФАТ

Право шифат принадлежит: соучастнику в общем имении, участнику в выгодах имения и соседу. Право шифат принадлежит: соучастнику в проданном имении; участнику в выгодах и принадлежностях имения (каково право пользования водою и дорогою) и соседу. Право шифат, принадлежащее соучастнику, основано на повелении Пророка, который сказал: «Право шифат принадлежит соучастнику, который не отделился и не получил своей части». Установление этого права для соседа также основано на изречениях Пророка: 1) «Сосед дома имеет преимущественное право на этот дом, а сосед по имению имеет преимущественное право на это имение; и если он в отсутствии, то продавец должен ожидать его возвращения, если только они оба участвуют в одной и той же дороге» и 2) «Сосед имеет преимущественное перед посторонним лицом право на земли, окружающие его владение». Имам Шафии того мнения, что сосед не есть шафи¹, потому что Пророк сказал: «Шифат относится к предмету, находящемуся в общей собственности и не разделенному»; посему, если имущество подвергалось разделу и указаны границы каждого из соучастников и каждому из них назначена особая дорога, то право шифат не может уже существовать.

¹ Другими словами, не имеет права шифат, так как под словом «шафи» подразумевается лицо, которому такое право принадлежит.

Кроме того, существование этого права противоречит аналогии, так как предполагает вступление во владение чужим имуществом без согласия собственника; посему право это должно быть ограничено кругом лиц, которым оно специально предоставлено законом. Право это и предоставлено специально соучастнику; но сосед не может считаться соучастником, ибо закон, даруя это право соучастнику, имеет в виду лишь предупредить неудобства раздела. Если бы соучастник не получил части, составляющей предмет права шифат, то новый покупатель мог бы настоять на разделе и, таким образом, причинить соучастнику немало лишних хлопот. Но так как рассуждения эти не применимы к соседу, то он и не имеет права на шифат. Мы¹, напротив, утверждаем, что вышеприведенное повеление Пророка составляет достаточное основание для установления права шифат в пользу соседа. Кроме того, основание к установлению этого права для соучастника заключается в том, что собственность его была бы постоянно и нераздельно соединена с собственностью постороннего лица (именно — покупателя), что составляло бы для него неудобство ввиду различия характера постороннего лица и т.п.; нет сомнения, что следует обращать больше внимания на соучастника, чем на постороннего покупателя, так как притеснение для соучастника вследствие принуждения его к оставлению места, с которым он свыкся, без сомнения, было бы больше того притеснения, которому подвергается покупатель. Хотя он, таким образом, может быть лишен владения над купленным имуществом против своего желания, но все-таки стеснение здесь незначительно, потому что, лишаясь владения, он получает надлежащее вознаграждение; а так как все эти рассуждения одинаково применимы к соседу, то он, посему, имеет право на привилегию шифат, как и соучастник. Сверх того, рассуждения, на которых имам Шафии основывает право соучастника, и различие, которое он делает между соучастником и соседом, не могут быть приняты ни в каком случае, так как неудобства, которыми сопровождается раздел имущества, допущены законом и не столь значительны, чтобы ими оправдывалась несправедливость лишения кого-либо имущества без его согласия. Порядок, в котором мы поместили лиц, имеющих право на шифат, основан на повелении Пророка, который сказал: «Соучастник в самой вещи имеет преимущественное право перед соучастником в ее принадлежностях, а соучастник в принадлежностях предшествует соседу». Связь, возникающая из соучастия в самом имуществе, наиболее сильна, и за нею следует связь, возникающая из соучастия в принадлежностях (ибо здесь стороны участвуют в выгодах имущества, что не имеет места относительно соседа); а преимущество в праве во всяком случае зависит от силы основания его, или основного принципа. Независимо сего притеснение и неудобства, возникающие из раздела, могут быть приняты как дополнительное соображение, хотя они не настолько важны, чтобы оправдывать причиняемый другому ущерб.

Никто не может требовать его, пока существует лицо, имеющее преимущественное право. Соучастник в праве пользования дорогою или водою или сосед не имеют пра-

¹ То есть ханифиты — в противоположность последователям имама Шафии.

ва шифат, пока существует соучастник в самом имени, ибо этот последний имеет преимущественное право.

Если лицо это не откажется от своего права, в каковом случае оно переходит к следующему по порядку. Если соучастник в общем имени отказывается от своего права шифат, то оно переходит к участнику в праве пользования дорогою, а если и этот откажется от своего права, то оно переходит к лицу, дом которого расположен позади дома, составляющего предмет права шифат и имеющего вход с другой дороги. Абу Юсуф того мнения, что пока существует соучастник в имени, отказывается ли он или нет от своего права, никто другой не имеет права шифат, ибо при его существовании все другие исключаются, и пока остается исключаящий, исключаемый не имеет права, как и при наследовании. Основание, на которое опирается «Захири-Риваят», заключается в том, что причина предоставления шифата существует относительно каждого из вышеупомянутых лиц. Соучастник имеет, однако, преимущественное право. Посему после отказа его от такового оно переходит к следующему по порядку лицу; так же, как бывает в отношении долгов, возникших в то время, когда должник был здоров, при столкновении их с долгами, возникшими во время болезни, то есть первые удовлетворяются сперва; но если кредитор по такой долговой претензии откажется от своего права, то имущество умершего идет на удовлетворение долга, возникшего во время болезни.

Лицо, состоящее соучастником лишь относительно части имущества, имеет преимущественное перед соседом право. Лицо, состоящее соучастником лишь относительно части проданного имущества (например, соучастником в известной комнате или стене дома), имея преимущественное право перед соседом этой определенной части, имеет преимущественное право и относительно соседа остальной части дома. Таково общепринятое мнение Абу Юсуфа: связь сильнее, когда лицо является соучастником в части дома, чем когда оно является только соседом. Необходимо, чтобы дорога или ручей, общее пользование которыми дает право шифат, были частными. Под частною дорогою подразумевается такая, которая заграждена с одного конца; а под частным ручьем мы понимаем такой, по которому лодки не могут спускаться и подниматься, иначе это была бы общественная река. Таково мнение имамов Абу Ханифы и Мухаммада. Передают мнение Абу Юсуфа, что частный ручей есть такой, который орошает два или три участка земли; но если он орошает большее число участков, то он есть общественный ручей.

Относительное положение имущества определяет право, когда таковое основывается на соседстве. Если будет продан дом, находящийся в небольшом переулке, прегражденном с одного конца и имеющем сообщение с другим переулком, также прегражденным с одного конца, но более длинным, то жители малого переулка одни имеют право на шифат, между тем как если бы продан был дом, находящийся в длинном переулке, право шифат принадлежало бы жителям обоих переулков. Это основано на том, что право выхода и входа в малый переулок принадлежит лишь его собственным жителям, между тем как право это относительно длинного переулка принадлежит жителям обоих. То же правило применяется к случаю небольшого ручья, вытекающего из другого.

Кладка балок в стену дома дает право шифат по соседству, но не по соучастию; так как этим актом не создается соучастия в праве собственности на дом. Равным образом лицо, являющееся соучастником в балке, вложенной концом в стену, считается лишь соседом.

Право всех шафи (основание права которых тождественно) одинаково, независимо от размера их имущества. Когда имеется несколько лиц, которым принадлежит право шифат, то права всех их одинаковы, а на размер их имущества не обращается внимания. Имам Шафии утверждает, что право шифат в этом случае принадлежит сторонам пропорционально их имуществу, потому что шифат есть одна из выгод их имущества и потому должна быть разделена подобно прибыли от торговли, произведениям земли, потомству рабов, пропорционально их долям в общем имении. Наши ученые доказывают, что так как стороны равны в отношении принципа, на котором основано право шифат (именно — связи с проданною землею), то они равны и относительно самого права; поэтому, если бы налицо был только один участник, то, как бы ни была мала его доля, он имел бы право на совокупность шифата. Сверх того, на доводы имама Шафии следует заметить, что лишение другого против его воли владения имуществом не составляет выгоды в имуществе и существенно отличается от торговой прибыли, плодов деревьев и т.п., составляющих прямое произведение самого имущества.

Если одна из сторон откажется от своего права, то таковое переходит к другим и делится между ними поровну. Хотя основания их права объемлют весь шифат, но пользованию целым правом препятствовало право другого лица; за отказом же его препятствие устраняется.

Если некоторые — в отсутствии, то шифат присуждается в равных частях присутствующим; но когда отсутствующие явятся, то они получают свою долю. Если некоторые из соучастников — в отсутствии, то весь шифат присуждается в равных частях между присутствующими, ибо неизвестно, пожелают ли отсутствующие потребовать свое право; а права присутствующих не должны страдать от этой неизвестности. Если бы, однако, казий присудил весь шифат присутствующему лицу, а затем явится отсутствовавший и потребует свое право, то казий должен присудить ему половину; и равным образом, если явится третий, то казий должен присудить ему одну треть частей, присужденных двум другим, для того, чтобы таким образом между ними установлено было равенство.

Если присутствующий откажется от своего шифата после того, как он весь присужден ему казием, а затем явится отсутствующий, то он вправе требовать лишь половину, потому что определение казием, присудившего весь шифат другому, абсолютно погасило половину права отсутствовавшего лица. Иначе было бы, если бы присутствующий отказался от своего права до постановления казием определения, а затем явился бы отсутствовавший: в этом случае последний имеет право на весь шифат.

Право может быть осуществлено только после продажи имущества. Привилегия шифата устанавливается после продажи; она не может иметь места, пока не выяснится, что собственник не желает долее сохранить за собой свой дом; а это обнаруживается только продажей дома. Посему достаточно для доказательства продажи и

установления привилегии шифат, чтобы продавец признал продажу, хотя бы лицо, указываемое в качестве покупателя, и отрицало таковую.

И после надлежащего заявления требования оно. Право шифат не устанавливается, пока о нем не заявлено надлежащим образом в присутствии свидетелей. Необходимо, чтобы заявление было сделано по возможности скоро после того, как продажа стала известною, так как право шифат есть слабое право, ибо заключается в лишении другого лица имущества лишь с целью предупредить неудобства, которых опасаются. Поэтому необходимо, чтобы шафи без замедления обнаружил свое намерение путем заявления, которое должно быть сделано в присутствии свидетелей, ибо иначе его нельзя было бы доказать перед казием.

Право собственности переходит к шафи лишь после передачи его покупщиком или после постановления судьи. Когда требование заявлено надлежащим образом в присутствии свидетелей, шафи все-таки не становится собственником дома, пока покупатель не передаст ему его или пока судья не постановит определения, потому что собственность покупателя была полная и могла быть передана шафи лишь при его согласии на то или по определению казия; так же, как в случае поворота дарения, когда собственность одаренного, будучи установлена путем дарения, не может быть перенесена на дарителя без передачи со стороны одаренного или определения судьи. Польза этого закона обнаруживается, когда шафи, заявив свое требование перед свидетелями, до постановления судьи или передачи со стороны покупателя умрет или продаст дом, от которого он производил право шифат, или если будет продан дом, примыкающий к тому, к которому относится право шифат. В первом из этих случаев дом не составляет части наследственной массы, так как он не составлял его имущества; во втором случае нет права шифат, так как основной принцип этого права уничтожился до перехода дома в его собственность; в третьем случае он не имеет права собственности по отношению к проданному дому, так как дом, от которого он производит это право, не составляет его собственности.

Глава II

О ТРЕБОВАНИЯХ ШИФАТА И О СПОРАХ ОТНОСИТЕЛЬНО ЕГО

Требования бывают трех родов.

I. Непосредственное требование (которое должно быть сделано тотчас же, без чего шафи теряет свое право). Требования шифата бывают трех родов. Первый называется таляби мувазябет, или непосредственным требованием, когда шафи заявляет свое требование в тот же момент, когда узнал о заключении продажи. Если он отсрочит заявление, то право его становится недействительным, так как право шифат по природе своей слабо, как уже было замечено, и, кроме того, Пророк сказал: «Право шифат устанавливается для того, кто заявляет свое требование без промедления».

Если шафи получает письмо, в начале или середине которого он уведомляется об открытии для него шифата, и он дочитает письмо до конца, то его право теряет силу. Многие из наших современных ученых согласны в этом отношении. В одном

месте мнение это приводится как учение имама Мухаммада. Однако в другом месте передают в качестве его мнения, что если кто-либо требует свой шифат в присутствии лиц, с которыми он сидел, когда получил известие, то он — шафи, и право его не теряет силы, если он не упустит заявить о нем, прежде чем компания разойдется. Оба эти мнения упоминаются в «Навадире», а Кархи постановлял определения согласно последнему из приведенных мнений. Так как власть принять или отвергнуть шифат установлена, то для размышления необходимо должен быть дан короткий срок так же, как дается срок женщине, которой муж предоставил на волю получить развод или нет.

Если шафи, слыша о продаже, воскликнет: «Слава Богу», или: «Нет власти или силы, как от Бога», или «Бог чист», то его право шифат не теряет силы, так что, если тотчас же по произнесении этих слов он без замедления заявит о своем шифате, то он и получит его. Первые слова рассматриваются как благодарение за то, что он освобождается от соседства продавца; вторые (составляющие выражение удивления) предполагаются происходящими от удивления намерению продавца сделать вещь, невыгодную для него; а последние рассматриваются как восклицание, предшествующее дальнейшей речи. Ни одно из этих выражений не свидетельствует об отказе или отклонении от права шифат. Равным образом, если при получении известия о продаже он спрашивает: «Кто покупатель и какова цена», то это не лишает его права шифат, так как эти слова не могут быть рассматриваемы в смысле отказа; напротив, из них можно заключить, что если цена подходящая, а покупатель — лицо, которого он не желал бы иметь своим соседом, он впоследствии станет требовать свое право шифат.

Несущественно, в каких словах сделано заявление; достаточно, если они заключают в себе требование. Так, если кто-либо говорит: «Я требовал свой шифат», или: «Я потребую свой шифат», или: «Я требую свой шифат», все эти выражения хороши, ибо здесь обращается внимание на смысл, а не на способ выражения.

Когда известие о продаже принесено шафи, то, по Абу Ханифе, нет необходимости, чтобы он выразил свое намерение требовать шифат перед свидетелями, если известие не сообщено ему двумя мужчинами, или одним мужчиною и двумя женщинами, или одним благомыслящим мужчиною. Оба ученика утверждают, что он должен объявить о своем намерении перед свидетелями, коль скоро известие принесено ему одним лицом, свободным или рабом, женщиною или ребенком, если только лицо это, по его мнению, говорит истину. Иначе бывает, когда женщина получила известие о том, что ее муж предоставил ей власть развестись: в этом случае не имеет значения, кто принес известие и каков его характер.

Если лицо, извещающее шафи, само является покупщиком, то (по Абу Ханифе) нет необходимости, чтобы оно было человеком благомыслящим, потому что оно является противником, а для такого лица не требуется благомыслия.

II. Требование посредством утверждения и взятия в свидетели (которое должно быть заявлено по возможности скоро после первого требования). Второй способ требования шифата называется таляби такрир ва-шихад, или требование посредством утверждения и взятия в свидетели. Требование это также необходимо, потому что доказатель-

ства требуются для убеждения судьи, и представляется вероятным, что требующий не может иметь свидетелей *таляби-мувазьябета*, так как таковой выражается немедленно по получении известия о продаже. Посему необходимо впоследствии учинить *таляби такрир ва-шихад*, который делается *шафи*, берущим кого-либо в свидетели, или против продавца, если проданная земля находится в его владении, или против покупателя, или относительно места, послужившего предметом спора. По взятии *шафи* кого-либо в свидетели его право *шифат* является вполне установленным и подтвержденным. Это основано на том, что как продавец, так и покупатель являются противниками *шафи* в отношении требования им *шифата*, так как один из них владелец, а другой — собственник земли; а ссылка на свидетелей относительно самой земли также действительна, ибо к ней относится право. Если продавец передал землю покупщику, то взятие свидетелей против него недостаточно, так как он уже не является противником, ибо, не имея ни владения, ни собственности, он является посторонним лицом. Требование посредством утверждения и взятия в свидетели бывает, когда требующий говорит: «Такое-то лицо продало такой-то дом, относительно которого я являюсь *шафи*; я уже требовал принадлежащее мне право *шифат* и теперь снова требую его; посему будь свидетелем этого». (Передают мнение Абу Юсуфа, что требуется указать имя и границы проданной недвижимости, потому что требование недействительно, если требуемая вещь не определена точно).

III. Требование посредством иска. Третий способ требования *шифата* называется *таляби-хусумат*, или требование посредством иска, когда *шафи* просит казиза приказать покупщику передать землю ему. Способ предъявления такого требования будет объяснен ниже подробно.

Отсрочка предъявления иска не делает требование недействительным. Если *шафи* медлит предъявить требование посредством иска, то, по Абу Ханифе, право его все-таки не теряет силы. Таково общепринятое мнение, и согласно сему постановляются определения. В том же смысле передают и мнение, исходящее от Абу Юсуфа. Имам Мухаммад утверждает, что если *шафи* не предъявит иска в течение месяца после взятия свидетелей, то его право теряется. Таково же и мнение имама Зуфара; и передают, как мнение Абу-Юсуфа, что право *шафи* уничтожается, если иск не будет предъявлен до окончания заседания казиза, ибо если *шафи* добровольно и без уважительных причин упускает предъявить иск во время первого заседания казиза, то это служит достаточным доказательством отказа его от своего права. Имам Мухаммад основывает свое мнение на том, что если бы право *шафи* никогда не терялось вследствие промедления его предъявить иск, то это было бы весьма стеснительно для покупателя, так как это препятствовало бы ему пользоваться своим имуществом из боязни быть лишенным его по иску *шафи*. «Посему я, — говорит имам Мухаммад, — ограничил срок одним месяцем, далее которого не допускается вообще промедление». В подтверждение мнения Абу Ханифы приводится, что так как право *шафи* твердо установлено взятием свидетелей, то оно не может быть погашено иначе, как его собственным отказом, открыто выраженным, как и во всех других случаях права. Что касается мнения имама Мухаммада о стеснительности отсрочки для покупателя, то соображение это не имеет веса, ибо в случае отсутствия *шафи* право его

не теряется вследствие промедления иска, а стеснение для покупателя одинаково, будет ли шафи налицо или в отсутствии.

В особенности, когда отсрочка обусловлена отсутствием судьи. Если окажется, что казия не было в городе и что посему предъявление иска было отсрочено, то право не теряется, по мнению вышеупомянутых трех ученых; иск может быть предъявлен только у казия, и потому отсрочка извинительна.

Правила, которые должен соблюдать судья при требовании шифата. Если шафи является к казию и требует свое право, утверждая, что «такое-то лицо продало дом, на который он имеет право шифат», то казий должен сперва спросить покупателя (ответчика в деле) относительно имущества, на котором шафи основывает свое право шифат. Если он признает это право, то казий имеет достаточное основание постановить определение; но если он станет отрицать это право, то казий должен предписать шафи доставить свидетелей в доказательство своего права собственности, потому что владение, которое очевидно, может иметь и другие основания, кроме права собственности, а такое сомнительное право не может быть допущено как доказательство во вред другому. Кудури утверждает, что казий, прежде чем обратиться к ответчику, должен спросить истца о положении и границах дома, ибо тот, кто отыскивает дом в собственность, должен указать положение и границы его; поэтому он должен сделать то же, требуя право шифат. После того казий должен спросить его об основании его права шифат, ибо основания шифата различны и возможно, что он выставит основание, выдуманное им, а в действительности не составляющее основания. Если он ответит, что «он шафи потому, что дом его расположен рядом с тем, который составляет предмет спора», то его требование (как замечает Хасаф) обоснованно. В «Фатови» упомянуто также, что он должен указать границы дома, от которого производит свое право шифат.

И предписанный ему порядок расспроса сторон. Если шафи, не будучи в состоянии предъявить свидетелей, потребует, чтобы покупатель дал присягу, то таковая должна касаться лишь сознания покупателя (то есть следует требовать, чтобы он сказал: «Клянусь Богом, я не знаю, что истец — собственник дома, на котором он основывает свое право шифат»), потому что заявление касается вещи, находящейся в чужих руках. Он может только присягнуть относительно своего сознания, а не относительно положительного факта, составляет ли дом в самом деле собственность истца или нет. Если покупатель откажется присягнуть или шафи представит свидетелей, то право собственности его на дом, от которого он производит право шифат, установлено, равно как и соседство этого дома с домом, составляющим предмет иска. Далее казий должен спросить покупателя, купил ли он дом или нет; и если он ответит отрицательно, то казий должен предписать шафи доставить свидетелей покупки, потому что шифат не может быть установлен, пока не доказана продажа, что и должно сделать путем свидетельских показаний. Если шафи не может доставить свидетелей, то казий должен предложить покупщику присягнуть в том, что «он не купил дома» или что «истец не имеет права на шифат в том виде, в котором он его требует», ибо тут он присягает относительно акта, совершенного им самим, и относительно вещи, нахо-

дящейся в его владении; а посему необходимо, чтобы присяга была положительная и касалась достоверности факта.

Основание может быть предметом иска и решения независимо от цены спорного имущества. Шафи может предъявить иск о шифате без представления в суд цены спорной земли; но когда казий признает за ним право шифат, необходимо, чтобы он представил цену. Таково учение «Захири-Риваята», изложенное в «Мабсуте». Передают мнение имама Мухаммада, что казий не должен постановлять определения, пока шафи не представит цены (и такое же мнение приведено Хасаном — как исходящее от Абу Ханифы), ибо возможно, что шафи беден, и посему казий должен отсрочить решение, чтобы покупатель не потерял своего имущества. Основание первого мнения, принадлежащего «Захири-Риваяту», заключается в том, что шафи становится обязанным уплатить покупщику цену имения только после решения казия; и так как покупатель не обязан передать имение до решения, то и шафи (как сказано выше) не обязан раньше доставить цену. Нечего также опасаться, что продавец потерял свое имущество, так как он имеет право удержания, как будет подробнее объяснено ниже.

Но ответчик может удержать имение, пока не будет представлена цена его. Когда до представления шафи цены казий предписал покупщику передать имение (шафи), он все-таки может удержать таковое в своем владении, пока ему не будет уплачена цена.

Право шифат не теряется вследствие промедления в платеже. Если шафи медлит уплатить покупщику цену после определения казия, то право шифат все-таки не теряется для него, ибо оно твердо установлено тяжбою и решением казия.

Иск может быть предъявлен к продавцу, пока дом находится в его владении. Если шафи предъявит к продавцу иск, пока дом находится в его владении, то шафи может вести тяжбу против него, а продавец — удержать дом в своем владении, пока не получит от шафи цену. Однако казий в этом случае не выслушивает свидетелей, пока не явится также покупатель, так как для его явки имеется два основания. Во-первых, покупатель есть собственник имения, а продавец — владелец; и так как решение казия должно быть постановлено против обоих, то оба должны быть налицо. Другое дело, когда покупатель вступил во владение; тогда нет повода к явке продавца, так как он стал лицом посторонним, не имея ни собственности, ни владения. Во-вторых, продажа или сделка, заключенная в пользу покупателя, должна быть расторгнута решением казия; а потому требуется, чтобы он был налицо, чтобы казий мог постановить против него определение о расторжении сделки.

Иск может быть предъявлен к представителю покупателя (до передачи представляемому). Если представитель покупает землю для другого, то шафи должен предъявить иск к представителю. Если, однако, представитель передал землю представляемому, то шафи не должен предъявлять иска к представителю (так как он не собственник и не владелец), а к представляемому, ибо представитель тогда является как бы продавцом, а представляемый — покупщиком; а когда (как уже было объяснено) продавец передает имение покупщику, то иск шафи должен быть предъявлен к последнему.

А также к представителю продавца или душеприказчику. Если представитель отсутствующего лица продаст имение за счет своего доверителя, то шафи может обратиться со своим требованием и получить имение от представителя, если только оно находится в его владении. То же правило применяется и к душеприказчику, уполномоченному на продажу земли.

Шафи, выигравший тяжбу, имеет право отказа по обозрении имения, а также вследствие пороков его. Когда казий постановляет решение в пользу шафи, который еще не осмотрел спорное имение, то шафи имеет право отказа по обозрении; а когда впоследствии в имении обнаружится порок, он имеет право отказа вследствие недостатка в предмете и может, если угодно, отвергнуть выкуп, несмотря на то, что покупатель исключил эти пороки из сделки или, другими словами, освободил продавца от ответственности за такие пороки. Так как переход собственности по праву шифат равносителен переходу собственности по продаже, то шафи имеет в обоих приведенных обстоятельствах власть отказаться от выкупа как всякий другой покупатель; власть эта не теряется и тогда, когда покупатель видел имение или освободил продавца от ответственности, ибо покупатель не был уполномочен шафи и, следовательно, его действие не может влиять на принадлежащее шафи право отказа.

Раздел. О спорах относительно цены

В спорах относительно цены следует верить заявлению покупателя, подкрепленному присягою. Если между покупщиком и шафи возникнет разногласие относительно цены, причем первый говорит, например, 100, а последний только 80, и ни один из них не может доставить свидетелей, то следует верить заявлению покупателя предпочтительно перед заявлением шафи, потому что здесь шафи утверждает свое право на имущество покупателя за сумму, меньшую чем 100, что покупатель отрицает; а по закону следует верить заявлению ответчика, подкрепленному присягою. В этом случае не требуется присяги обеих сторон, потому что шафи является истцом против покупателя, но покупатель не является истцом против шафи, который вправе требовать или отказаться от требования спорной вещи. Существует правило, что обе стороны не могут быть призваны к присяге, если каждая не является, в некоторых отношениях, ответчиком, за исключением некоторых случаев, когда это положительно предписано законом, чего в данном случае нет.

Равно как и представленным им доказательствам. Если как продавец, так и шафи представят доказательства, то, по имамам Абу Ханифе и Мухаммаду, следует верить доказательствам, представленным шафи. Абу Юсуф, напротив, утверждает, что должно верить доказательствам, представленным продавцом, потому что ими доказывается большая сумма, чем свидетелями шафи, а по общему правилу во внимание принимаются доказательства, устанавливающие большую сумму. Например, когда возникнет спор о цене между покупщиком и продавцом, или представителем и представляемым, или лицом, покупающим вещь у неправовверного врага и первоначальным собственником ее, в каковых случаях, если обе стороны представят доказательства, принимаются доказательства того, кто указывает большую сумму. Упомянутое здесь разногласие между лицом, покупающим вещь у неправовверного врага,

и первоначальным собственником ее лучше выяснится следующим примером. Мусульманский купец отправляется в путешествие, прибывает в страну неверных, достигает их покровительства и во время пребывания между ними покупает раба, раньше принадлежавшего Заиду, у неверного, захватившего этого раба как добычу; при возвращении купца Заид требует своего раба, предлагая цену, уплаченную купцом неверному; но ввиду возникшего между ними разногласия относительно цены оба приводят доказательства в подтверждение указываемых ими сумм. В этом случае принимаются доказательства купца, которым устанавливается большая сумма, предпочтительно перед доказательствами Заида. В подкрепление мнения имамов Абу Ханифы и Мухаммада по этому предмету можно привести два довода. Во-первых, доказательства шафи налагают на покупателя обязанность, между тем как доказательства покупателя никакой обязанности на шафи не возлагают, так как в его власти взять спорный предмет или нет; а цель представления доказательства заключается в установлении обязательства. Во-вторых, если возможно, следовало бы принять во внимание доказательства обеих сторон; а здесь такая возможность представляется, ибо нет прямого противоречия в утверждениях обеих сторон, так как возможно, что покупатель дважды купил вещь, и при доказанности обеих покупок шафи вправе сообразоваться по своему выбору с тою или другою покупкою; то есть если покупатель купил вещь дважды — в первый раз, положим, за тысячу, а во второй — за две тысячи, то шафи может взять вещь за ту из этих цен, которую пожелает. Что касается указываемой Абу Юсуфом аналогии между рассматриваемым случаем и случаем разногласия покупателя и продавца относительно цены, то она не может быть здесь допущена. Если между сторонами имели место две продажи, одна за другою, относительно той же вещи, то одна продажа делает другую недействительною; и при невозможности, таким образом, принять во внимание заявления и доказательства обеих сторон следует предпочесть те доказательства, которыми устанавливается большая сумма; а потому предпочтение отдается доказательствам продавца перед доказательствами покупателя, так как ими устанавливается большая сумма. Напротив, в случае шифат, к которому неприменимо положение об обессилении одной продажи другою, обе продажи остаются в силе по отношению к шафи, ввиду чего, если покупатель решается купить вещь дважды, то шафи волен взять ее за ту или другую цену, как уже было упомянуто. Кроме того, так как представитель считается как бы продавцом, а представляемый как бы покупщиком, то к ним применяются те же законы, как в случае с продавцом и покупщиком. Это согласно с предписанием, взятым у имама Мухаммада, которое положительно говорит, что «предпочтение дается доказательствам, представленным доверителем». Что касается, далее, аналогии (приводимой Абу Юсуфом) между рассматриваемым случаем и случаем спора покупателя раба у неверного с первоначальным собственником раба, то никакой аналогии здесь не усматривается, ибо нельзя допустить, что действие ветвей было то же самое, как и действие корней, так как в «Сайри-Кабире» положительно объявлено, что доказательства, приведенные первоначальным собственником раба, имеют преимущество. Но даже если допустить вышеупомянутое положение, довод этот все-таки не имеет веса, ибо в случае с купцом две сделки не могли быть заключены по-

следовательно без лишения одной из них силы, между тем как в случае шифата обе сделки могут иметь силу.

А также и заявление его, если продавец указывает большую сумму. Если продавец и покупатель спорят относительно цены и продавец (не получив еще этой цены) называет меньшую сумму, то шафи может взять дом за эту сумму, так как указание продавца на меньшую сумму рассматривается как уступка в пользу шафи, которою он вправе воспользоваться. В следующем разделе мы будем иметь случай объяснить основание этого закона, а здесь приведем только один довод: право, данное шафи над продавцом, вытекает из его же собственного заявления: «Я продал вещь за такую-то цену», а потому, пока он не получил цены, его заявлению относительно нее должно верить, ввиду чего шафи вправе получить имение за цену, согласную с его заявлением. Напротив, если продавец заявляет большую сумму, то следует пригласить обе стороны присягнуть, а затем договор продажи расторгается. Если одна из сторон откажется присягнуть, то считается установленною цена, названная другою стороною, следовательно, шафи вправе получить дом за эту цену. Если обе стороны присягнут, то казий по требованию одной из них должен расторгнуть продажу, а шафи может тогда взять дом за цену, указанную продавцом.

Если продавец уже получил цену, то шафи может взять дом за цену, указанную покупщиком, и здесь утверждение продавца не имеет значения. Получив цену, он становится посторонним лицом, так как сделка продажи окончательно исполнена; тогда спор происходит между покупщиком и шафи, и об этом споре нами подробно сказано было выше.

Случай, когда можно дать веру заявлению продавца о цене. Если шафи неизвестно, что продавец получил цену, и последний скажет: «Я продал имение за тысячу дарагимов, которые получил», то шафи вправе взять имение за тысячу дарагимов. Так как начало речи продавца, которым он признает продажу, создает для шафи право шифат, то последующие слова, которыми он утверждает получение цены, как клонящиеся к уничтожению права, которое он сам создал, не должны быть приняты. Но если бы продавец сказал: «Я продал землю и получил цену», а затем прибавил бы: «Которая составляла тысячу дарагимов», то доказательства его в подтверждение размера цены не могут быть допущены, ибо вследствие предшествовавшего признания в получении цены он стал как бы посторонним лицом и не имеет уже интереса в деле.

Раздел. О предметах, взамен которых шафи может получить имущество, подлежащее шифату

Шафи имеет право на уступку, сделанную покупщику, но не может воспользоваться отказом от получения всей цены. Если продавец уступает покупщику часть цены, то шафи может воспользоваться этою уступкою, между тем как если продавец после продажи отказывается от получения всей цены в пользу покупщика, то шафи не вправе этим воспользоваться. Основание к такому различию заключается в том, что уступка части есть акт, относящийся к первоначальной сделке продажи, и шафи имеет право на выгоду от такой уступки, ибо сумма, остающаяся за вычетом уступ-

ки, составляет цену, между тем как отказ от всей цены не имеет связи с первоначальной сделкою. Равным образом, когда продавец уступает часть цены после того, как шафи вступил во владение выкупленным имуществом, то он вправе воспользоваться такою уступкою и, согласно сему, получает обратно сумму, равную уступке, сделанной продавцом покупщику.

Он не ответствен в случае увеличения цены по соглашению между продавцом и покупщиком, состоявшемуся после продажи. Если, напротив, покупщик после заключения договора соглашается на увеличение цены в пользу продавца, то шафи не ответствен за такое увеличение, так как его право шифат установлено за цену, первоначально выговоренную, и если бы последующее увеличение ее могло иметь для него значение, то это составило бы для него убыток, между тем как последующее уменьшение цены, напротив, составляет выгоду. Аналогию с этим случаем увеличения представляет раньше приведенный случай, в котором было замечено, что если кто-либо совершает куплю за известную цену, а затем возобновляет покупку той же вещи и дает большую цену, то право шафи не страдает от такого увеличения и он получает свое право за первоначально установленную цену.

Если цена состоит из движимых предметов, то шафи может взять имение, уплатив стоимость этих предметов; но если цена состоит из заменимых предметов, то он должен уплатить одинаковое количество их. Если кто-либо продает дом за известное количество движимых вещей, то шафи вправе получить его за стоимость этих вещей, так как они принадлежат к числу предметов, называемых заватуль-киям, которые подлежат оценке и могут быть заменены соответствующею суммою денег. Если кто-либо продает дом за пшеницу, серебро или другие предметы, подлежащие измерению и взвешиванию, то шафи может получить дом за одинаковое количество этих предметов, потому что они принадлежат к числу называемых заватуль-амсаль, или предметов, заменимых одинаковым количеством того же рода предметов. Это основано на том, что открыватель закона¹ установил для шафи право вступить во владение имуществом покупщика по уплате ему вознаграждения, подобного уплаченной им цене; посему необходимо соблюдать подобие, насколько возможно, между вознаграждением и ценою, как и в случаях уничтожения имущества. Следует заметить, что предметы, отдельные единицы которых весьма мало отличаются друг от друга, каковы грецкие орехи или яйца, принадлежат к числу заватуль-амсаль, или предметов, заменимых одинаковым количеством того же рода предметов. Посему, если кто-либо купит землю за грецкие орехи или яйца, то шафи может дать ему вознаграждение грецкими орехами или яйцами и не обязан платить стоимость их деньгами.

А равно и тогда, когда цена заключается в земле. Если кто-либо покупает участок земли за другой участок земли, то, так как каждый участок составляет цену, за которую продан другой участок, шафи каждого из участков вправе взять таковой за стоимость другого участка, ибо земля принадлежит к числу заватуль-киям, или к предметам, которые могут быть заменены соответствующею суммою денег.

¹ То есть Пророк, который часто называется шари, или законодатель.

В случае отсрочки платежа шафи может или ждать истечения срока, или взять имение тотчас же по уплате цены его. Если дом продается с отсрочкою платежа, шафи может или ждать наступления срока платежа и затем взять дом за ту же цену, или взять его тотчас же, уплатив цену наличными деньгами; но он не вправе взять дом тотчас и требовать отсрочки платежа на срок, данный покупщику. Имам Зуфар утверждает, что шафи вправе взять дом тотчас же и потребовать отсрочки платежа (и таково же мнение имама Шафии), ибо отсрочка есть видоизменение цены, как если бы выговорена была уплата монетами низшего достоинства; а так как шафи вправе взять дом за самую цену, то он вправе и взять его за ту же цену видоизмененную. Довод, приводимый нами в подкрепление первого мнения, заключается в том, что отсрочка может быть установлена лишь путем положительного соглашения между сторонами. В данном случае нет соглашения ни между шафи и продавцом, ни между шафи и покупщиком; равно и согласие продавца на отсрочку в пользу покупщика не может быть истолковано в смысле согласия на отсрочку в пользу шафи, ибо способность людей к платежу долгов неодинакова. Что касается доводов, обыкновенно приводимых в подтверждение мнения имама Зуфара, то, действительно, отсрочка есть видоизменение цены; но этим не устраняется закон, ибо отсрочка есть право покупщика; но если бы было допущено видоизменение цены, то это было бы право продавца, подобно самой цене. Случай этот аналогичен с тем, когда кто-либо покупает вещь с отсрочкою платежа, а затем перепродает ее посредством тавлиата, в каковом случае, если нет положительного соглашения, второй покупщик не имеет права на отсрочку. Так и в рассматриваемом случае. Если земля находится еще во владении продавца и шафи возьмет ее и уплатит ему цену наличными деньгами, то его (продавца) претензия к покупщику прекращается, так как сделка в отношении его расторгнута и на его место вступает шафи, как уже было объяснено. Если, напротив, земля находится во владении покупщика и шафи возьмет ее от него, то продавец все-таки должен предоставить покупщику первоначально выговоренную отсрочку, потому что сделка между ними не расторгается при взятии шафи земли. Случай здесь тот же, как если кто-либо покупает в кредит, а затем перепродает за наличные деньги: первый продавец не вправе требовать уплаты наличными деньгами. Шафи, однако, вправе отдалить получение земли до наступления срока платежа, но он должен заявить свое требование без замедления, так как, если он упустит немедленно заявить о своем праве, то оно, по имамам Абу Ханифе и Мухаммаду, уничтожается, в противоположность мнению Абу Юсуфа. Основание мнения имамов Абу Ханифы и Мухаммада по этому предмету заключается в том, что, так как шифат возникает с момента продажи, то требуется, чтобы заявление было сделано в момент осведомления о продаже. Основание мнения Абу Юсуфа состоит в том, что «единственная цель требования заключается в том, чтобы дать шафи возможность получить землю», каковая цель не может быть в настоящее время осуществлена, ввиду чего шафи хранит молчание; а так как это молчание не свидетельствует об отказе от своего права, то это право и не теряет силы. На это, однако, можно ответить, что получение земли всегда следует за требованием и, сверх того, шафи волен взять ее тотчас же, уплатив ее цену.

Случай покупки зиммием имения, подлежащего шифату, за цену, состоящую из запрещенных предметов. Если зиммий купит землю за вино или свинину, а шафи — также зиммий, то последний может получить землю за одинаковое количество такого же вина или стоимость свинины, потому что сделка этого рода между зиммиями действительна. Так как правом шифат пользуются как мусульмане, так и зиммии, а вино для последних то же самое, что уксус для первых, свинина же то же самое, что баранина, то отсюда следует, что ввиду принадлежности уксуса к заватуль-амсаль, а баранины — к заватуль-киям шафи вправе получить землю за одинаковое количество вина или за стоимость свинины. Если, напротив, шафи — мусульманин, то он должен взять землю за стоимость вина или свинины, потому что выдача или получение вина мусульманами воспрещена их религиею, а потому в отношении их и вино признается вещью, принадлежащею к заватуль-киям. Если, далее, имеются два шафи, из которых один мусульманин, а другой — зиммий, то первый должен получить половину земли за половину стоимости вина, а последний — другую половину за половинное количество вина. Если шафи-зиммий перейдет в мусульманство, то, так как право его усилилось, а не ослабло вследствие обращения в мусульманство, он должен взять свою половину земли за половину стоимости вина; потому что, приняв веру, он уже не может платить вином, которое тогда становится как бы несуществующим для него; так же, как если кто-либо купит дом за меру зеленых фиников, а шафи явится, когда время зеленых фиников уже прошло, в каковом случае он должен взять дом за стоимость фиников. Так же и в рассматриваемом случае, ибо вино в действительности не существует для мусульман, которым запрещено пользоваться им каким бы то ни было способом.

Раздел

Шафи может или взять постройки и насаждения покупателя (по уплате ему стоимости), или потребовать удаления их. Если покупатель земли, подлежащей шифату, возведет на ней постройки или насадит деревья, а затем казий определит передать землю шафи, то от последнего зависит, получить ли землю вместе с постройками и деревьями с уплатою стоимости их или потребовать от покупателя удаления их. Таково учение «Захири-Риваята». Передается мнение Абу Юсуфа, что шафи не может обязать покупателя снести постройки, но должен или взять землю по уплате стоимости деревьев или построек, или отказаться от выкупа. С этим мнением согласен и имам Шафии. Он, однако, допускает, что шафи может потребовать удаления деревьев или построек с вознаграждением покупателя за происходящие от того убытки. Словом, по его мнению, шафи имеет право выбора между тремя вещами: он может взять землю вместе с постройками и деревьями, уплатив стоимость их, или может потребовать удаления их с уплатою вознаграждения покупщику или, наконец, может отказаться от выкупа. В подтверждение мнения Абу Юсуфа приводят два довода. Во-первых, покупатель имел право возвести постройки, так как земля составляла его собственность, и потому было бы несправедливо требовать от него удаления их; так же, как если земля на короткое время передана в виде дара или по недействительной продаже, а затем взята обратно, в каковом случае даритель или продавец не могут обязать ода-

ренного или покупателя удалить постройки, возведенные им, пока земля находилась в его владении, или (в случае шифата) когда покупатель не снял урожая с земли, в каком случае шафи не может принудить его к снятию, пока зерно не созрело. Во-вторых, в рассматриваемом случае нельзя избежать одной из двух невыгод, так как или шафи должен терпеть ущерб, будучи обязан заплатить возвышенную цену за шифат вследствие добавочной стоимости строений, или покупатель должен терпеть ущерб вследствие обязанности снести постройки. Но последний ущерб более тяжелый, так как здесь потеря не сопровождается вознаграждением, между тем как возвышенная цена, уплаченная шафи, не остается без вознаграждения; и когда шафи берет землю, уплачивая за постройки или деревья, или отказывается от выкупа, то этим устраняется более значительный ущерб ценою причинения менее значительного. Доводы, приводимые в пользу вышеупомянутого мнения «Захири-Риваята», заключаются в том, что, так как покупатель насадил деревья или возвел постройки на земле, на которую простирается право другого лица, не заручившись согласием последнего, то таковые должны быть удалены так же, как если лицо, имеющее в залоге землю, возводит на ней постройки без согласия залогодателя. Кроме того, право шафи сильнее права покупателя, так как оно возникло раньше, ввиду чего всякий акт покупателя, даже продажа и дарение им земли, может быть расторгнут. Другое дело — относительно одаренного или покупателя по недействительному договору (согласно Абу Ханифе), так как они действуют с согласия собственника, а также потому, что право поворота в случаях дарения или недействительной продажи есть право слабое, ввиду чего оно теряется после возведения построек. Право шифат, напротив, продолжает существовать, а потому было бы несообразно делать вообще обязательною для шафи, отыскивающего свое право, уплату стоимости деревьев и построек так же, как бывает в случаях иска о праве; другими словами, если кто-либо покупает землю и на ней насадит деревья или возведет постройки, а затем окажется, что земля принадлежит другому, то покупатель получает цену земли, равно стоимость деревьев и построек от продавца, а не от претендента на землю; а в данном случае шафи является претендентом. По аналогии следовало удалить с земли и посеянное зерно, но, по более благоприятному толкованию закона, оно не удаляется, потому что продолжительность его нахождения в земле ограничена и может быть высчитана; а так как шафи за отсрочку может быть вознагражден наемною платою, то отсрочка эта не может наносить ему большого ущерба.

Шафи не имеет права на вознаграждение за посаженные им деревья или возведенные постройки на земле, оказавшейся чужою собственностью, но он может удалить их. Если шафи, вступив во владение выкупленной землею, возведет на ней постройки или посадит деревья, а затем окажется, что земля была незаконно продана и что она составляет собственность другого, то шафи получает обратно уплаченную им цену от продавца, когда он получил землю от него, или от покупателя, если он взял таковую у последнего, потому что очевидно, что земля была незаконно взята. Однако он не имеет права на получение от той или другой стороны стоимости своих построек или деревьев; но он волен взять таковые, если желает. Приводят мнение Абу Юсуфа, что шафи может получить также стоимость построек или деревьев от лица, от которого

он получил землю; потому что лицо это при таких обстоятельствах рассматривается как продавец, а шафи — как покупатель; а по общему правилу покупатель может получить от продавца стоимость возведенных им на земле построек, когда окажется, что проданная земля не составляла собственности продавца, а другого лица. Есть, однако, в этом случае разница между шафи и обыкновенным покупщиком, потому что последний введен в заблуждение продавцом и уполномочен им взять землю, между тем как шафи не введен покупщиком в заблуждение, и нельзя также сказать, что он уполномочен им взять землю, так как сам покупатель принужден, помимо своего согласия, передать землю шафи.

Если имению после продажи его будет причинен какой-либо случайный или естественный вред, то все-таки шафи не может получить таковое иначе, как за полную цену. Если кто-либо покупает дом или сад, подлежащие шифату, и строение (по непредвиденной случайности) будет разрушено или деревья попорчены, то от шафи зависит, отказаться от дома или сада или взять таковые и уплатить за них полную цену, ибо так как строения или деревья составляют лишь принадлежность земли (ввиду чего они считаются включенными в договор продажи без особого о том упоминания), то для них не указывается определенная часть цены, разве они будут намеренно попорчены покупщиком, в каковом случае покупатель вправе продать попорченную таким образом принадлежность и получить от нее выгоду независимо от полной цены земли. Другое дело, когда половина земли затоплена: так как в этом случае половина самой вещи разрушена, то шафи может взять остальное, уплатив лишь половину первоначальной цены.

Если вред причинен покупщиком, то шафи может взять одну землю, уплатив действительную стоимость ее по оценке. Если покупатель с намерением срывает постройки, то шафи может или отказаться от своего требования, или взять одну землю за соответствующую часть первоначальной цены; но он не имеет права на развалины, так как они стали отдельным имуществом и не составляют уже принадлежности земли; а право шифат простирается лишь на землю и ее принадлежности.

Случай взятия шафи земли с плодовыми деревьями. Если кто-либо покупает участок земли, на котором растут финиковые деревья, приносящие в то время плоды, то шафи вправе взять плоды, если только о том особо упомянуто в договоре продажи, ибо иначе они не считаются включенными в договор. Это основано на благоприятном толковании. По аналогии следовало бы, что шафи не вправе взять плоды, ибо, так как плоды составляют принадлежность и дерева, и земли (ввиду чего они не включены в договор продажи земли, если о том не упомянуто особо), то они имеют сходство с мебелью дома. Основание к более благоприятному толкованию заключается в том, что плоды вследствие своей связи с деревом составляют принадлежность земли так же, как постройка или что-либо, вложенное в стену дома, например, дверь; а потому шафи вправе взять их. То же правило применяется, если земля продана в такое время, когда на деревьях нет плодов, а плоды вырастут потом, во время владения покупщика землею; другими словами, шафи и здесь вправе взять плоды, потому что они составляют принадлежность первоначального предмета, как

если раба родит до передачи ее покупщику: и ребенок, и мать составляют собственность покупщика.

В обоих приведенных случаях, если продавец собрал плоды, а затем явится шафи и потребует осуществления своего права, то он не имеет права на собранные плоды, так как они не составляют уже принадлежности земли. В «Мабсуте» говорится, что если покупщик собрал несколько плодов, то следует соответственно уменьшить цену, уплачиваемую шафи. Автор «Хидои» замечает, что это справедливо только относительно первого из приведенных случаев: так как плоды уже выросли к тому времени и положительно включены в договор продажи, то естественно предположить, что часть цены дана была за них, между тем как в последнем случае плоды не были налицо и могли быть включены в продажу лишь как будущая вещь, ввиду чего за них не могла быть назначена часть цены.

Глава III

О ПРЕДМЕТАХ, К КОТОРЫМ ПРИМЕНЯЕТСЯ ШИФАТ

Право шифат применяется ко всем недвижимым имуществам. Привилегия шифат применяется к недвижимости, хотя бы не подлежащей разделу, каковы баня, мельница или частная дорога. Имам Шафии утверждает, что шифату подлежит лишь делимое имущество, потому что (по его учению) цель шифата заключается в предупреждении неудобств, сопровождающих раздел имущества, каковые неудобства не могут иметь места относительно нераздельного имущества. Наше учение основано, однако, на повелении Пророка, который сказал: «Шифат применяется ко всем домам или землям». По нашему учению, главное начало шифата составляет соединение имений, а цель его — предупредить стеснение, происходящее от неприятного соседа; это основание имеет одинаковую силу относительно подлежащих делению и неделимых имений.

Привилегия шифат не простирается на домашние вещи и на суда, ввиду изречения Пророка: «Шифат касается только домов и садов».

Если они не проданы отдельно от земли, на которой стоят. В сокращенной книге «Кудури» говорится, что даже дом или деревья не подлежат шифату, если они проданы отдельно от земли, на которой стоят. Это мнение (упоминаемое также в «Мабсуте») общепринято. Так как строения и деревья по природе своей непостоянны, то они принадлежат к числу движимых имуществ. Исключение сделано, однако, для верхнего этажа дома, который подлежит шифату, ввиду чего собственник нижнего этажа является шафи так же, как собственник верхнего этажа есть шафи по отношению к нижнему этажу, несмотря на то, что они имеют входы с разных улиц.

В отношении шифата не делается различия между мусульманином и зиммием. Так как шифат одинаково касается мусульманина и зиммием, по принципу и по осуществлению, то между ними не делается различия; по той же причине мужчина и женщина, малолетний и совершеннолетний, благочестивый и отверженный, свободный и раб (мука таб или мазун) — все равны относительно шифата.

Шифат применяется к имуществу, переходящему каким бы то ни было образом за вознаграждение. Если кто-либо приобретает право собственности на землю за вознаграждение (например, в виде дара за вознаграждение), то она подлежит шифату, потому что во власти шафи исполнить выговоренное.

Шифат не применяется к имуществу, данному в приданое, или в виде вознаграждения за хуля, или наемной платы, или виры за убийство, или вознаграждения за отпущение на волю. Шифат не может иметь места относительно дома, назначенного мужчиною в приданое своей жене, или женщиною мужчине как условие, под которым он согласен на развод, или назначенного кому-либо в виде наемной платы или награды, или переданного в виде виры за намеренное убийство, или назначенного как выкуп за раба, потому что у нас существует правило, что шифат не может иметь места там, где не существует обмена имущества на имущество, чего нет в приведенных случаях, так как предмет, ради которого дом передается, не составляет имущества. Имам Шафии полагает, что во всех этих случаях имеет место шифат, ибо хотя предмет, ради которого дом передается, и не составляет имущества, но, тем не менее, он подлежит оценке; и потому дом может быть взят по уплате стоимости предмета, ради которого он передается, как при продаже имущества за эквивалент, выраженный в движимых вещах. Следует, однако, заметить, что это мнение имама Шафии касается лишь тех случаев, когда часть дома передается в виде приданого, вознаграждения за хуля, виры за убийство и т.п., ибо, по его учению, шифат применяется только в случаях общей собственности.

Шифат применяется к дому, проданному для уплаты приданого. Если кто-либо женится, не назначая приданого жене, а затем назначит ей дом в виде приданого, то шифат не имеет места, ибо здесь дом считается назначенным как бы при самом бракосочетании. Другое дело, когда мужчина продает свой дом для уплаты жене обычного или выговоренного приданого, ибо здесь мы имеем дело с обменом имущества на имущество.

Если мужчина, вступая в брак, назначает жене в виде приданого дом и выговаривает, чтобы она выплатила ему из цены дома тысячу дарагимов, то, по Абу Ханифе, шифат не имеет места относительно этого дома, между тем как оба ученика утверждают, что он применяется к части дома, соответствующей сумме в тысячу дарагимов.

Шифат не применяется к дому, за владение которым по мировой сделке уплачена известная сумма денег. Привилегия шифат не применяется к дому, о котором между двумя лицами происходила тяжба, оконченная мировою сделкою, по которой ответчик (бывший владельцем) уплачивает истцу известную сумму после отрицания им иска. Так как мировая сделка заключена после отрицания, то дом, в представлении ответчика, все-таки принадлежит ему по первоначальному праву собственности, следовательно, в отношении к нему здесь не может быть установлена продажа или обмен имущества на имущество. То же бывает тогда, когда он отказывается ответить на иск, а затем вступает в мировое соглашение за известную сумму денег, так как можно предположить, что он предпочел поделить деньгами необходимости дать присягу, даже если право на его стороне, или вступил в соглашение, чтобы

избежать спора и препирательства. Если, напротив, он признает правильность иска и затем вступит в мировую сделку за известную сумму, то шифат имеет место, ибо, так как он здесь признал право истца на дом и удержал таковой по мировой сделке, то, несомненно, здесь имел место обмен имущества на имущество.

Шифат применяется к дому, отданному по мировой сделке. Если ответчик вступит в мировое соглашение по иску, отказываясь от дома или передавая его истцу после отрицания или признания иска или отказа вступить в ответ по оному, то относительно дома устанавливается право шифат, ибо, так как истец принимает здесь дом в вознаграждение за то, что, по его мнению, составляет его право, то (присуждая против него шифат) с ним поступают согласно его собственному убеждению.

Но не к дому, переданному в виде дара. Привилегия шифат не допускается в случаях дарения, разве дарение совершается за вознаграждение, в каком случае оно в действительности является продажей. Но и в этом случае шифат не может быть допущен, пока обе стороны не вступили во владение имуществом, предоставленным им по договору дарения (или когда предоставляемая одной из сторон вещь составляет неопределенную часть чего-либо), ибо дарение под условием вознаграждения все-таки вначале представляется дарением, как уже было объяснено в отделе о дарениях. Далее следует заметить, что шифат не может быть допущен, если вознаграждение не выговорено в качестве условия дарения; если этого не сделано и стороны дают друг другу подарки, то последние считаются просто дарением, хотя не могут быть потребованы обратно ввиду того, что с обеих сторон одинаково было обнаружено великодушие.

Шифат не может иметь места относительно имущества, проданного с правом отказа. Если кто-либо продаст дом под условием отказа¹, то относительно такого дома шифат не может иметь места, так как власть, сохраненная продавцом, служит препятствием к погашению его права собственности; но когда он откажется от этого права, то препятствие устраняется и возникает право шифат, если только шафи заявит свое требование немедленно. Это общепринято.

Но применяется к имуществу, купленному под таким условием. Если, напротив, кто-либо покупает дом под условием отказа, то привилегия шифат не имеет места, потому что такая остающаяся за покупщиком власть, по мнению всех наших ученых, не считается препятствием к погашению права собственности продавца; а право шифата основано и покоится на факте погашения права собственности продавца, как уже было объяснено.

При вступлении шафи во владение право отказа покупателя прекращается. Когда шафи берет дом в то время, как продолжается право отказа покупателя (именно — три дня), то оно прекращается и продажа считается окончательно совершенной, ибо, так как покупатель не имеет уже дома в своем владении, то он и не может отказаться от него, а шафи не имеет притязания на право расторжения сделки, так как право это основано было на условии, установленном в пользу одного покупателя.

¹ То есть «сохраняя за собою право впоследствии расторгнуть продажу».

В случае продажи с правом отказа лицо, которому это право принадлежит, является **шафи соседнего имения**. Если в то время, когда покупщику или продавцу принадлежит право отказа, соседний дом будет продан, то лицо, которому принадлежит это право, является шафи соседнего дома. Если это продавец, то он — шафи, потому что, пока он сохраняет право расторгнуть сделку, его право собственности остается непогашенным; если это покупатель, то требование им шифата второго дома доказывает его намерение удержать первый дом и не воспользоваться правом отказа; поэтому право собственности его считается начавшимся со времени установления договора; и в силу права собственности на первый дом он имеет право шифат на второй. Если в этом случае впоследствии явится шафи первого дома и потребует свое право, то ему принадлежит шифат первого дома; но он не имеет права на шифат второго дома, потому что первый дом не составлял его собственности в то время, когда был продан второй.

Если кто-либо покупает дом, не видев его, а впоследствии по праву шифат возьмет соседний дом, который был продан, то все-таки право отказа его от первого дома, после обозрения оно, продолжается. Так как оно не прекратилось бы и вследствие положительного отказа от этого права, то оно не прекращается и вследствие действия, из которого лишь выводится предположение об отказе.

Право шифат не применяется к имуществу, проданному по недействительному договору. Привилегия шифат не может иметь места относительно дома, проданного по недействительному договору, независимо от того, вступил ли покупатель во владение или нет, ибо до вступления покупателя во владение дом принадлежит, по общему правилу, продавцу, право собственности которого не погашено; после же вступления его во владение все-таки представляется вероятным, что сделка будет расторгнута, так как закон допускает расторжение продажи в случае недействительности для устранения таковой, чего нельзя было бы достигнуть, если бы допускался шифат. Если, однако, покупатель уничтожает возможность расторжения каким-либо действием, каково возведение построек на земле и т.п., то шифат может иметь место, ибо тогда нет уже препятствия.

Продавец имущества по недействительному договору все-таки есть шафи соседнего имения. Если дом, соседний с другим домом, уступленным по недействительному договору продажи, будет продан в то время, как этот последний дом находится еще во владении продавца, то он (продавец) есть шафи соседнего дома ввиду продолжения права собственности его на другой дом.

Пока он не передаст проданное имущество покупщику, к которому и переходит право шифат. Если продавец передаст первый дом прежде, чем казий присудит ему шифат соседнего дома, то покупатель ввиду собственности, приобретенной им при вступлении во владение первым домом, является шафи второго. Другое дело, когда продавец передаст первый дом после присуждения ему казием шифата второго дома. В этом случае его право шифат не прекращается, потому что после постановления казием определения нет уже необходимости к сохранению им права собственности на дом, от которого он производил свое право шифат.

Оно, однако, теряется после взятия продавцом имущества обратно. Если продавец берет обратно первый дом до присуждения казием покупщику шифата, то его (покупщика) право шифат становится ничтожным; потому что право собственности его на дом, от которого он производил свое право шифат, прекратилось до присуждения ему такового казием. Если, напротив, продавец берет обратно первый дом только после присуждения казием покупщику шифата второго дома, то его (покупщика) право шифат не прекращается, потому что в то время, когда таковое было присуждено, дом, от которого оно производилось, составлял его собственность и (как мы уже заметили) после постановления казием определения нет уже необходимости к сохранению покупщиком права собственности на дом, от которого он производил свое право шифат.

Право шифат не возникает при разделе общего имущества. Если двое и более соучастников делят землю, на которую они до того времени имели общее право собственности, то сосед не может требовать шифата, ибо хотя раздел общего имущества и носит характеристические признаки обмена, но в нем же обнаруживаются характеристические черты разделения, именно — разделение прав одного лица от прав другого, обстоятельство, которое может быть достигнуто принудительно, так как каждый из соучастников может добиться раздела путем обращения к казию, несмотря на нежелание других соучастников. Посему здесь нет обмена в чистом виде, не допускающего принуждения и имеющего место с согласия обеих сторон; а привилегия шифат по закону применима лишь к случаям обмена в чистом виде.

Право, от которого сторона отказалась, не может быть впоследствии возобновлено. Если кто-либо покупает дом и шафи откажется от своего права, а затем покупатель откажется от приобретения дома, согласно условию, после осмотра его, или вследствие выговоренного права отказа, или по решению судьи ввиду обнаруженных существенных пороков дома, то шафи не может требовать осуществления права шифат независимо от того, вступил ли покупатель во владение домом или нет. То же самое следует сказать относительно случая, когда покупатель до вступления во владение домом откажется от него ввиду обнаружившегося порока без постановления казая. Так как во всех этих случаях отказ составляет расторжение сделки, то дом возвращается к первому собственнику — и привилегия шифат возникает лишь при извещении о новой продаже. Если, напротив, покупатель откажется от дома ввиду обнаруженного порока и без постановления казая после вступления во владение домом или если продавец и покупатель согласятся расторгнуть договор, то для шафи возникает право шифат, ибо отказ или расторжение составляют разрушение сделки как в отношении продавца, так и в отношении покупателя, поскольку они свободны в своих поступках и, сверх того, желают расторгнуть сделку. Но в отношении других здесь нет разрушения сделки, скорее, есть новая продажа, так как имеется налицо отличительный признак продажи, именно — обмен имущества на имущество по обоюдному согласию сторон. А так как шафи есть третье лицо, то по отношению к нему мы имеем здесь продажу, ввиду чего следует допустить право шифат.

*Глава IV***ОБ ОБСТОЯТЕЛЬСТВАХ, УНИЧТОЖАЮЩИХ ПРАВО ШИФАТ**

Право шифат уничтожается вследствие непредставления шафи в надлежащее время доказательств. Если шафи упустит представить доказательство того, что он требовал шифат, будучи извещен о продаже, несмотря на то, что имел возможность представить доказательства, то право шифат уничтожается для него ввиду незаявления им требования о сем праве. Равным образом, если он заявит таляби мувазябет, или непосредственное требование, и упустит заявить таляби шихал-ва такрир, несмотря на возможность заявить таковое, то право шифат для него утрачивается, как уже было объяснено.

Или вследствие согласия на уступку этого права по мировой сделке. Если шафи согласится уступить свою привилегию за известное вознаграждение, то он теряет свое право и не может требовать вознаграждения. Он не имеет приобретенного права и ему не принадлежит собственность на спорное место: ему принадлежит лишь власть стать собственником с устранением покупателя. И так как отказ от шифата (закрывающийся в отречении от всякого права тревожить собственника в спокойном пользовании имуществом) не составляет предмета оборота, то отсюда следует, что за такой отказ нельзя требовать вознаграждения. Сверх того, отречение от права не могло быть поставлено в зависимость даже от действительного условия (каково условие дать в виде эквивалента что-либо, не составляющее имущества). Отсюда следует, что оно не может быть поставлено в зависимость от недействительного условия (каково условие дать имущество в вознаграждение за право, не составляющее имущества). Посему условие о вознаграждении ничтожно, а отречение от права остается в силе без всякого вознаграждения. По тому же принципу обсуждается случай продажи кем-либо принадлежащего ему права шифат. Другое дело — вступление в мировое соглашение в случае возмездия, ибо возмездие есть право, установленное против убийцы в пользу представителя убитого, являющегося мстителем за кровь. Иначе также обсуждается случай получения вознаграждения за отпущение на волю и развод, ибо это есть вознаграждение за право собственности, устанавливаемое для отпускаемого на волю или для получающего развод. Аналогичным с случаем отречения от права шифат за вознаграждение по мировой сделке представляется случай, когда муж говорит своей жене, имеющей право требовать развода: «Избери меня за тысячу дарагимов» или когда лицо, страдающее половым бессилием, говорит своей жене: «Если ты откажешься от своего права требовать расторжения брака, то я дам тебе тысячу дарагимов», ибо если в обоих этих случаях жена согласится на предложение, то она теряет принадлежавшее ей право, а муж не может быть принужден к уплате вознаграждения. Поручительство за лицо (обыкновенно называемое хазыр зимини) в этом отношении также имеет сходство с шифатом. Если лицо, поручившееся в явке должника, обратится к кредитору и последний согласится по мировой сделке за известное вознаграждение отказаться от поручительства, то поручитель освобождается от своего обязательства и в то же время не обязан платить вознаграждение. Таково одно пре-

дание. По другому же преданию, поручитель не обязан платить вознаграждение, но и не освобождает от поручительства. Некоторые утверждают также, что последнее имеет место относительно шифата, в то время как другие полагают, что правило это применяется только к поручительству.

Или вследствие смерти шафи до постановления казем определения. Если шафи умирает, то принадлежащее ему право шифат погашается. Имам Шафии утверждает, что право шифат наследственно. Автор «Хидои» замечает, что это разногласие касается лишь того случая, когда шафи умрет после продажи, но до присуждения ему казем шифата. Если он умрет после определения казия, не уплатив цены имущества или не вступив во владение им, то право его переходит к наследникам, которые становятся ответственными за цену имущества. Доводы наших ученых относительно того пункта, в котором они расходятся с имамом Шафии, заключаются в том, что смерть шафи уничтожила его право на имущество, от которого он производил свое право шифат, а к его наследникам имущество перешло лишь после продажи. Кроме того, для возникновения шифата непременно требуется, чтобы лицо владело имуществом, от которого оно производит право шифат, в момент продажи предмета этого права, каковое условие не осуществляется наследниками. Сверх того, требуется, чтобы право собственности шафи сохранилось до постановления казем определения; а так как это условие не соблюдено в случае смерти шафи, то посему шифат не устанавливается в отношении его наследников ввиду ненаступления условий для него.

Право шифат не погашается смертью покупателя, и потому имуществом нельзя распорядиться в пользу последнего. Если покупатель умрет, то право шифат все-таки не погашается, ибо шафи, которому право это принадлежит, продолжает жить и в основаниях его права не произошло никакой перемены. Посему дом не подлежит продаже за долги покупателя и им нельзя распорядиться согласно его завещанию; и если казий или душеприказчик продадут его для уплаты лежащих на имуществе долгов, или если покупатель завещал его, то шафи может уничтожить каждый из этих актов и получить дом, ибо право шафи предшествует, ввиду чего он может уничтожить акты покупателя относительно этого имущества даже в течение его жизни.

Шифат уничтожается вследствие продажи имущества, от которого он производил свое право. Если шафи до определения казия продаст дом, от которого он производит свое право шифат, то ввиду погашения основания его права самое право уничтожается, хотя бы он и не знал о продаже дома, к которому это право относится, так же, как если кто-либо отказывается от шифата, не будучи извещен о продаже, или освобождает кого-либо от долга, не зная размера его; в первом случае право шифата погашается, а во втором — должник освобождается от долга. Другое дело, когда шафи продает свой дом с правом отказа от договора. Пока право отказа принадлежит продавцу и его право собственности не вполне еще погашено, основание шифата (именно — связь между имуществами) продолжает существовать.

Или вследствие действий его в качестве представителя продавца. Если шафи действует в качестве представителя продавца и продает дом от его имени, то его право шифат уничтожается, между тем, если он действует в качестве представителя покупателя и покупает для него дом, то принадлежащее ему право шифат не уничтожа-

ется. Словом, является правилом, что если кто-либо в качестве представителя другого продает землю и т.д. последнего, то этим уничтожается право шифат, но если представитель (например, управляющий) покупает землю и т.д., то право сохраняется. Если бы первый впоследствии оспаривал сделку, то стремился бы к уничтожению продажи, им же самим совершенной, между тем как последний, поступая таким образом, не уничтожает совершенной им купли, ибо получение имущества в силу шифата само составляет вид купли. Равным образом, если шафи становится замини-биддаряк, или поручителем за случай, принимая на себя ответственность перед покупщиком в размере уплаченной цены на случай, если впоследствии дом будет признан принадлежащим другому лицу, то этим право шифат уничтожается. Равно, если кто-либо продает дом, ставя продажу в зависимость от согласия третьего лица, именно — шафи, и последний утвердит продажу, то он теряет право шифат, между тем как, если кто-либо покупает дом, ставя условием согласие третьего лица, которое является шафи, и последний утвердит куплю, то принадлежащее ему право шифат не уничтожается.

Его право может быть восстановлено, если он отказался от него вследствие неверных сведений о цене. Если до сведения шафи будет доведено, что дом, составляющий предмет его права, продан за тысячу дарагимов, и он откажется от права шифат, а затем узнает, что дом продан за меньшую цену, то отказ его необязателен и он может требовать осуществления шифата. Высокая цена заставила его отказаться от своего права, но когда обнаружилось, что дом продан за меньшую цену, основание к отказу исчезло и, следовательно, самый отказ ничтожен. Равным образом, если получено известие, что дом продан за тысячу дарагимов, а затем шафи узнает, что он продан за количество пшеницы или ячменя, равное тысяче дарагимов или даже более, то отказ его ничтожен и он может требовать осуществления шифата, ибо следует предположить, что основанием к отказу для него послужила невозможность уплатить цену тою монетою (именно — дарагими), за которую, как он сперва слышал, дом был продан; но по осведомлении о том, что дом продан за пшеницу или ячмень, возможно, что шафи в состоянии уплатить за дом этими предметами, так как часто случается, что люди, которые не в состоянии уплатить тысячу дарагимов, в состоянии внести равную или даже большую стоимость пшеницею или ячменем. Правило это применимо и ко всем другим предметам, продаваемым на вес и мерами длины или столь мало отличающимися друг от друга, что могут быть продаваемы числом (каковы яйца или орехи). Другое дело — относительно движимого имущества. Если шафи, узнав, что дом продан за тысячу дарагимов, откажется от своего права, а затем узнает, что дом был продан за движимое имущество стоимостью в тысячу дарагимов или более, то отказ его, тем не менее, обязателен и он не имеет права шифат, ибо в этом случае он был бы ответствен за цену движимости, которая выражается в дарагих и динарах. Равным образом отказ его действителен, если он впоследствии узнает, что дом был продан за известное количество динаров, равное тысяче дарагимов или более.

Или о покупщике. Если шафи сперва был уведомлен, что покупщиком является такое-то лицо, и ввиду сего отказался от шифата, а затем узнает, что покупщиком

было другое лицо, то он вправе требовать осуществления шифата, ибо можно не желать иметь своим соседом одно лицо и в то же время охотно соглашаться на соседство другого. Равным образом, если он впоследствии узнает, что имущество куплено двумя лицами (тем, о котором он слышал, и еще одним), то он вправе осуществить шифат в отношении того лица, в пользу которого не отказывался от этого права.

Или если даны были неверные сведения относительно проданного имущества. Если шафи получил известие о продаже половины дома и отказался от своего права, а затем окажется, что продан весь дом, то он может все-таки требовать осуществления шифата, ибо следует предположить, что он отказался от своего права для избежания неудобств, сопряженных с общим владением, между тем, если продан весь дом, то ему нечего опасаться этих неудобств. Если, напротив, взять обратный случай, то есть предположить, что он сперва узнал о продаже целого, а затем о продаже лишь половины, то он (по «Захири-Риваяту») не вправе требовать осуществления шифата, ибо его отказ от целого заключал в себе и отказ от части.

Раздел

Способ устранения права шифат. Когда кто-либо продаст свой дом, за исключением пространства шириною в три фута, прилегающего к дому шафи, то последний не вправе требовать осуществления шифата, так как соседство его отрезано. Этим способом шафи может быть лишен своего права. То же самое может быть достигнуто, когда продавец предоставляет указанную часть дома в дар покупщику и вводит его во владение ею.

Случай купли дома частями одним и тем же лицом в разное время. Если кто-либо покупает сперва часть дома, например, треть или четверть, а затем остальную часть, то соседу принадлежит право шифат на ту часть, которая была куплена прежде, но не на ту, которая куплена впоследствии. Хотя, будучи соседом, он имеет право на обе части, но покупщик имеет преимущественное право шифат на остальную часть дома, в котором он состоит совладельцем, ибо право совладельца выше права соседа, как уже было объяснено. Посему, если кто-либо желает обойти принадлежащее соседу право шифат, то он может достигнуть этого, покупая сперва часть дома за цену, которую намерен дать за весь дом, кроме одного диргама, который он может впоследствии дать в виде цены за остальную часть дома.

Когда, по соглашению сторон, цена проданного имущества должна быть уплачена известными предметами, то шафи, настаивающий на своем праве, должен уплатить первоначальную цену. Если кто-либо купит дом за известную цену, а затем вместо этой цены даст продавцу джамму, или платье, то шафи должен взять дом за первоначально установленную цену, а не за стоимость платья, потому что замена этой цены платьем составляла особую сделку; а та цена, которую шафи должен уплатить, есть цена дома, а не цена платья. Автор «Хидои» замечает, что и это есть средство устранения права шифат, принадлежащего владельцу или соседу, ибо дом может быть продан за цену, равную двойной его стоимости, а затем вместо этой цены продавцу может быть дано платье, равное стоимости дома. Такой обход может, однако, причинить продавцу убыток, когда впоследствии окажется, что дом принадлежит дру-

В случае продажи и раздела половины дома шафи может взять долю покупателя. Если кто-либо купит половину дома, а затем продавец и покупатель учинят раздел, то шафи может взять или отказаться от части, павшей на долю покупателя, с какой бы стороны часть эта ни лежала; но он не может возражать против раздела и настаивать на новом разделе, ибо шафи не вправе нарушать владения продавца; а так как разделом предоставляется владение, то он не вправе нарушать и раздел. Таково, по преданию, мнение Абу Юсуфа. Передают мнение Абу Ханифы, что шафи не вправе взять указанную половину, если таковая не находится со стороны дома, от которого он производит свое право, ибо если на долю покупателя падет другая часть дома, то шафи не есть сосед.

Если один совладелец продаст свою часть, то шафи может уничтожить последующий раздел и взять долю совладельца за ту же цену. Если один из двух совладельцев дома продаст свою часть, а затем покупатель и другой совладелец учинят раздел, то шафи может возражать против этого раздела и требовать нового. Так как никакой продажи не имело места между покупщиком и вторым совладельцем, то этот раздел, собственно говоря, не есть акт предоставления собственности, а лишь осуществление права собственности, следовательно, шафи вправе уничтожить таковой так же, как он вправе уничтожить всякий другой акт, учиненный покупщиком в качестве собственника, каковы продажа или дарение.

Привилегированный раб (имеющий долги) и его хозяин могут быть шафи по отношению к принадлежащему им имуществу. Если кто-либо, владея рабом-мазуном, имеющим долги, продает свой дом, то раб этот может быть шафи дома. И равным образом, если такой раб продает дом, его хозяин может быть шафи этого дома, ибо акт получения имущества по праву шифат является в виде покупки; а покупка и продажа между ними допускаются, ибо сопряжены с выгодой, так как принимаются за счет кредиторов. Другое дело, когда раб не имеет долгов: тогда, если он продает дом, то это делается за счет его хозяина; а лицо, за счет которого дом продан, не может быть шафи.

Действия, совершаемые отцом или опекуном относительно шифата, принадлежащего малолетнему. Если отец или опекун отказываются от права шифат, принадлежащего малолетнему опекаемому, то такой отказ законен, по Абу Юсуфу и Абу Ханифе. Имамы Мухаммад и Зуфар говорят, что он незаконен и что право малолетнего шафи продолжает существовать и он вправе требовать осуществления такового, когда достигнет совершеннолетия. Законоведы замечают, что то же самое разногласие существует в случае, когда отец или опекун упустят потребовать шифат, будучи извещены о продаже дома, или когда представитель откажется от требования перед казем. Доводы имамов Мухаммада и Зуфара — двоякого рода. Во-первых, несомненно, что так как право шифат бесспорно принадлежит малолетнему, то отец или опекун не властны уничтожить таковое так же, как не властны уничтожить право его на пеню за кровь или возмездие. Во-вторых, им дана власть над делами малолетнего для того, чтобы они предохранили его от убытков; но если бы они уничтожили принадлежащее ему право шифат, то причинили бы ему убыток. Равным образом и доводы в пользу мнения Абу Юсуфа и Абу Ханифы — двоякого рода. Во-первых, взя-

тие по праву шифат в действительности составляет сделку, так как оно равносильно купле; и посему отец или опекун могут отказаться от него, как могут отказаться от вещи, предложенной к продаже. Во-вторых, взятие по праву шифат представляется сделкою сомнительного характера, ибо может повести или к убыткам, или к выгоде. Посему отказ от этого права иногда может быть выгоден для малолетнего, поскольку цена дома остается его собственностью; а так как власть отца или опекуна предоставлена им ради выгоды малолетнего, то им должно быть предоставлено и право отказа.

Молчание отца или опекуна или упущение с их стороны заявления права шифат считаются отказом и потому уничтожают самое право. Следует заметить, что вышеупомянутое разногласие имеет место только в случаях, когда дом по соседству малолетнего продан за цену, приблизительно равную его стоимости; но когда дом продан дороже своей стоимости, по заключению оценщиков, то, по словам одних, все авторитеты признают законность отказа отца или опекуна как клонящегося к выгоде малолетнего, между тем как другие, напротив, утверждают, что, по мнению всех, такой отказ незаконен. Так как отец и опекун в этом случае не вправе осуществить шифат, то они не вправе и отказаться от него, но являются как бы посторонними, а право малолетнего продолжает существовать.

Если дом по соседству малолетнего будет продан далеко ниже своей стоимости, то, по сохранившемуся мнению Абу Ханифы, отказ отца или опекуна недействителен.

Конец третьего тома

ХИДОЯ

**КОММЕНТАРИИ
МУСУЛЬМАНСКОГО ПРАВА**

Том IV

Книги XXXIX–LIII

Краткое содержание IV тома

КНИГА XXXIX. О КИСМАТЕ, ИЛИ РАЗДЕЛЕ

Глава I. Введение

Раздел предполагает разъединение предметов, измеряемых весом и мерами емкости и обмен предметов, составные части которых неоднородны. Судья должен назначить лицо для производства разделов и определить ему жалование или установить известный размер наемной платы за его труд. Лицо, производящее раздел, должно обладать справедливостью и опытом. Но разделы не должны производиться всегда одним лицом. Соучастники могут вступить в соглашение относительно раздела, заручившись (если между ними есть малолетний) разрешением судьи. Лица, назначенные для производства разделов, не могут вступать в соглашение друг с другом. Лицо, производящее раздел, получает вознаграждение соразмерно числу требующих его. При разделе наследства судья должен предварительно установить факты, но в этом нет надобности, когда имущество состоит в движимости, или когда таковое приобретено покупкою, или когда раздел требуется без указания способа приобретения общего имущества. Раздел может быть разрешен по требованию и свидетельству двух наследников, но для принятия части отсутствующего или малолетнего наследника должен быть назначен представитель или опекун. Раздел не может быть разрешен, когда имущество или часть его находится во владении отсутствующего наследника, его доверенного или малолетнего. Раздел может быть разрешен, хотя одною из этих сторон является малолетний или хотя одною из сторон является малолетний наследник, а другою — легатарий.

Глава II. О вещах, могущих быть предметом раздела

Имущество может быть разделено по требованию одного из соучастников, доля которого, взятая отдельно, сама имеет значение имущества; если каждая из долей сама по себе не имеет стоимости, то требуется согласие всех сторон. Раздел должен быть предписан, когда имущество состоит из однородных предметов (кроме земли или денег), но не тогда, когда оно состоит из разнородных предметов или из домашней посуды. Сукно одинакового качества может подлежать разделу, но не драгоценные камни или рабы. Раздел бани, мельницы или канала не может быть учинен без согласия всех сторон. Раздел домов и жилых мест.

Глава III. О способе производства раздела

Лицо, производящее раздел, должно составить план и произвести раздел равномерно, по измерению или оценке, как производится раздел домов. При разделе земельной собственности замена доли в имуществе получением денежного вознаграждения не допускается. Раздел дома с участком земли. Раздел земли, по которой проходит дорога или ров. В случае спора относительно дороги она подлежит разделу. Стороны могут вступить в соглашение относительно дороги. Сложный раздел разных домов и жилых помещений. В спорах после раздела показания двух лиц, производивших его, должны быть приняты во внимание, но не показание одного лица, производившего раздел.

Глава IV. Возражение об ошибке при разделе и иске касательно раздела

Возражение об ошибке не может быть допущено, когда сторона признает, что получила свою долю, если возражение это не подкреплено доказательствами. Жалоба на последующий захват представляется жалобой на незаконное овладение. В случае жалобы на передачу обе стороны должны присягнуть, и раздел признается действительным и производится вновь. Возражение об ошибке не допускается, когда раздел совершен сторонами. Случай требования известной комнаты в доме после раздела.

Раздел. О законах, применяемых к искам

В случае иска известной части после раздела таковой должен быть признан действительным и произведен вновь. Если после раздела отыскивают определенную часть, то она должна быть пополнена из долей других соучастников или же раздел должен быть признан недействительным и произведен вновь, а также если отыскивается известная, но не точно определенная часть. В случае доказанности долга, лежащего на имуществе, раздел такового между наследниками ничтожен, если кредитор не откажется от своей претензии или наследники не удовлетворят ее. Наследник может предъявить иск к имуществу после раздела. Наследник не может предъявить требование определенной вещи после раздела.

Глава V. Постановления, относящиеся до магайата

Магайат есть раздел узуфрукта и не уничтожается вследствие смерти сторон. Соучастники могут произвести этот раздел, указав друг другу пользование известной частью общего права. В каком случае каждый вправе отдать свою долю в аренду или выговорив друг для друга попеременное право пользования. Спор между сторонами должен быть разрешен вмешательством казия. Случай раздела пользования двумя рабами, или двумя домами, или двумя четвероногими животными. Раздел пользования домом может быть осуществлен путем попеременной отдачи его взаем каждую стороною. Причем случайный излишек наемной платы подлежит разделу между ними в равных частях. В случае раздела дохода от двух домов ни одна сторона не обязана возмещать другой полученный ею излишек. Случай раздела дохода от

двух рабов. Раздел дохода от двух четвероногих животных. Раздел узуфрукта относительно плодов не может иметь места.

КНИГА XL. О МУЗАРИИ, ИЛИ ДОГОВОРЕ ВОЗДЕЛЫВАНИЯ

Определение термина. Различие мнений относительно договоров возделывания. Договоры эти требуют, чтобы земля была годна к обработке. Чтобы стороны имели надлежащую правоспособность. Чтобы выражен был срок действия договора. Чтобы была указана сторона, обязанная доставить зерно. Чтобы была указана доля другой стороны. Чтобы земля была передана возделывателю. Чтобы обе стороны имели участие в произведениях земли и чтобы был упомянут род зерна. Действительны четыре рода договоров возделывания и два рода этих договоров недействительны. Время действия этих договоров должно быть известно и произведения должны быть разделены между сторонами в известной пропорции. Когда упомянуто одно зерно, то солома достается тому, кто доставил семена, и может быть условлено, чтобы солома досталась ему. Но не может быть условлено, чтобы она досталась другому. Произведения земли распределяются согласно условию, и если ничего не уродится, то возделыватель не вправе ничего требовать. Когда договор возделывания окажется недействительным, то произведения земли достаются той стороне, которая доставила семена. Другая сторона, если это возделыватель, получает жалованье, размер которого не должен превышать того вознаграждения, на которое он имел бы право при существовании договора. Или, если это собственник земли, соответствующую арендную плату, а также соответствующую наемную плату за скот, если таковой доставлен им. Если урожай таким способом достается собственнику, то он может взять весь урожай; если же возделывателю, то он должен употребить излишек на благотворительные дела. Сторона, которая согласилась доставить семена, может отказаться от посева. И если собственник земли таким образом откажется, то возделыватель не имеет права на что-либо. Договор прекращается смертью одной из сторон. Если собственник земли умрет, когда посеянное обнаружится, то договор прекращается к концу года; но если он умрет раньше, договор прекращается непосредственно. Собственник земли может расторгнуть договор с целью продать землю для платежа своих долгов. Но если посеянное начало расти, то продажа должна быть отсрочена, пока посев не созреет для жатвы. Правила относительно случая, когда договор прекращается до созревания посева. Если умрет возделыватель, то его наследники могут продолжать обработку, но не имеют права на вознаграждение. Случайные расходы ложатся на стороны пропорционально их долям участия. Общие правила при договорах возделывания и садоводства.

КНИГА XLI. О МУСАКАТЕ, ИЛИ ДОГОВОРАХ САДОВОДСТВА

Природа договоров садоводства. Учение имама Шафии по этому предмету. Аналогия требует определения срока, но это несущественно, за исключением случая, когда деревья только что посажены или когда продолжительность договора поставлена в зависимость от времени существования деревьев и т.п. Указание слишком корот-

кого срока делает договор недействительным, если не представляется возможным, что в течение этого периода деревья принесут плоды. Договор действителен относительно плодовых деревьев, виноградников, трав и корней. Договор не может быть расторгнут одною из сторон без надлежащего повода. Договор может быть заключен, пока плоды еще зелены, но не тогда, когда они уже созрели. Если договор недействителен, то садовник имеет право на жалованье. Договор прекращается смертью одной из сторон. Правила на случай смерти собственника. Правила на случай смерти садовника. Правила на случай смерти обеих сторон. Правила на случай наступления срока договора до созревания плодов. Договор может быть расторгнут по надлежащему поводу. Аренда пустопорожней земли для насаждения деревьев с предоставлением части произведений в виде вознаграждения недействительна.

КНИГА XLII. О ЗАБХЕ, ИЛИ УБОЕ ЖИВОТНЫХ ДЛЯ МЯСА

Все животные, убиваемые для мяса, за исключением рыбы и саранчи, должны быть убиваемы способом забх. Забх бывает двух родов: по выбору и по необходимости. Он должен быть совершен мусульманином или китаби, если только они знакомы с формою призыва, будь то мужчина или женщина, дитя или слабоумный. Он не может быть совершен магом, вероотступником или идолопоклонником. Дичь, убитая где бы то ни было мухримом, незаконна, как и убитая другим лицом на святой земле. Правила относительно тасмии, или призыва. В первых родах забха он должен быть произнесен во время перереза горла животного; а во вторых — во время спуска стрелы или спуска собаки или сокола на дичь. Не должно произносить ничего, кроме призыва. Надлежащий способ убоя животных. Он может быть совершен ногтями, рогами или зубами (отделенными от их природного места) или каким-либо острым орудием. Предосторожности, которые должно соблюдать лицо, совершающее забх. Животное законно, хотя бы оно было ранено до перереза горла. Все ручные животные должны быть убиваемы посредством перереза горла, а дикие — посредством охоты на них и стрельбы. Верблюды должны быть убиваемы способом нара, преимущественно перед способом забх. Утробный плод убитого животного незаконен.

Раздел. О вещах, употребление которых в пищу законно, и о тех, употребление которых незаконно

Все хищные животные и птицы незаконны. Вороны полевые безразличны, но питающиеся падалью вороны и вороны незаконны. Сороки, крокодилы, выдры, все насекомые, ослы и мулы незаконны. Лошади. Зайцы безразличны. Ни одно водяное животное не законно, кроме рыб. Дохлая рыба незаконна.

КНИГА XLIII. УЗХИЯ, ИЛИ ЖЕРТВОПРИНОШЕНИЕ

Жертва должна быть принесена на иди-курбан. Она должна быть принесена мужчиною за себя и за своих малолетних детей. Жертву за одно лицо составляет коза, а за двух и до семи лиц — корова или верблюд. Животное, составляющее общую собственность, может быть совокупно принесено в жертву. Другие могут быть приняты

в качестве участников в пользовании животным, купленным для жертвоприношения. Жертвоприношение обязательно для бедного и для путешественника. Время жертвоприношения. Если жертвоприношение будет отложено и истечет надлежащее время, то жертвенное животное должно быть употреблено на благотворительные дела. Принесение в жертву животного, имеющего недостатки, не допускается, но незначительный недостаток не препятствует жертвоприношению. Животное, потерявшее рог, бешеное или холощенное может быть принесено в жертву. Случай, происшедший с животным во время заклания, не делает жертвоприношение недействительным. В жертву могут быть приносимы только козы, коровы или верблюды. Лета животных для жертвоприношения. Если один из семи жертвователей умрет, то необходимо согласие его наследников. Правила относительно распоряжения мясом и т.д. жертвы. Животное должно быть зарезано жертвователем или в его присутствии. Заклание может быть поручено китаби, но не магу. Если два лица по ошибке зарежут каждое жертву другого, то они должны вознаградить друг друга. Случай принесения в жертву захваченного животного.

КНИГА XLIV. О КАРАХИЯТЕ, ИЛИ ДЕЙСТВИЯХ НЕПРИСТОЙНЫХ

Разногласие относительно объема термина «макрух».

Раздел I. О еде и питье

Непристойно есть мясо или пить молоко осла или принимать мочу верблюда не с врачебной целью. Или употреблять золотую или серебряную посуду. Дозволяется употребление посуды из свинца, стекла, кристалла и агата. Или пить из посуды, ездить верхом на седле или сидеть на стуле или диване, украшенных золотом или серебром. Удостоверению неправового о законности известной пищи можно давать веру. Подарок может быть принят из рук раба или малолетнего. Слова отверженного могут быть приняты во всех временных отношениях, но не в духовных делах, равно как и слова человека неопределенного характера. Слово почтенного человека, свободного или раба, может быть принято в духовных делах. Похвально принимать приглашение на брачное торжество несмотря на допущение во время его некоторых бесчинств, если о них не было известно заранее.

Раздел II. Об одежде

Женщины могут одеваться в шелк, но мужчины не должны. Дозволяются украшения из шелка. Шелковая подушка разрешается, равно как и шелковая одежда воинам. Или одежда из полусукна.

Раздел III. Об украшениях

Мужчины не должны носить украшений из золота или серебра, кроме как на перстнях с печатью, кушаках и мечях. Вставка в кольцо может быть из золота. В случаях необходимости не следует употреблять золота, когда можно обойтись серебром. Дети не должны быть одеваемы с роскошью. Пустые излишества не допускаются.

Раздел IV. О половых сношениях и о взглядах и прикосновении к людям.

Мужчины не должны глядеть на чужих женщин, кроме как в лицо, на руку или на ногу. Мужчина (если он молод) не должен дотрагиваться до чужой женщины. До ребенка женского пола можно прикасаться и на него можно смотреть. Правила, которые должен соблюдать судья в отношении женщин при исполнении судебных обязанностей, или свидетель. Можно смотреть на женщину с намерением жениться на ней. Правила, которые должен соблюдать врач при лечении женщин. Мужчина может смотреть или прикасаться до любой части тела другого мужчины, исключая его наготы. Женщина также может смотреть на любую часть мужчины, исключая его наготы (если только она свободна от похоти), или на те же части тела другой женщины. Мужчина может глядеть на любую часть тела своей жены или рабы. Мужчина может глядеть на свою родственницу. Родственники и родственницы могут прикасаться друг к другу (если нет опасения возбудить страсть), или сидеть наедине, или путешествовать вместе. Мужчина может глядеть на чужую рабу так же, как на свою родственницу, и прикасаться к ней, когда намерен купить ее. Взрослая раба должна быть одета в приличное платье. В отношении этих правил не делается различия между евнухом или гермафродитом и мужчиною. Раб может глядеть только в лицо и на руки своей госпожи. Мужчина может удовлетворить свою страсть к своей рабе каким угодно образом.

Раздел V. Об истибре, или ожидании очищения женщин

Мужчина не должен иметь связи с купленною им рабою до истечения одного периода очищений, но правило это касается только покупателя, а не продавца. Купив рабу во время ее очищений, покупатель должен ждать другого периода очищений. Лицо, покупающее долю своего совладельца в рабе, должно ждать следующих очищений. Другие правила, которые следует соблюдать в отношении рабынь. Когда акт совокупления незаконен, то всякие возбуждения к нему запрещены. Беременные женщины очищаются разрешением от бремени, а не достигшие зрелости девушки — истечением одного месяца. Правило относительно зрелых женщин, не имеющих менструации. Средства обхода предписания о воздержании. Лицо, произносящее зихар, должно совершенно воздерживаться от сношений со своею женою, пока не совершит искупления. Лицо, ласкающее двух рабынь-сестер, должно удалить одну из них прежде совокупления с другою. Мужчины не должны целовать или обнимать друг друга, но они могут соединять руки.

Раздел VI. О правилах, подлежащих соблюдению при продаже

Навоз может быть продаваем, но не человеческие испражнения, если они не смешаны с глиною. Можно купить рабу и иметь с нею сношения на основании удостоверения продавца относительно ее. Но если продавец — раб, то следует принять меры предосторожности. Женщина может вступить в брак (по соблюдении иддата), получив достоверные сведения о своем вдовстве или разводе. Заявление, клонящееся к уничтожению брака, не имеет значения, если не подтверждено свидетелями.

Мужчина не вправе жениться на рабе на основании заявления ее о том, что она свободна. Мусульманину не дозволяется платить свои долги путем продажи вина, но христианин может платить свои долги таким образом. Непристойно монополизировать необходимые жизненные припасы или скупать товар, но разрешается монополизировать произведения своей земли или товар, привезенный монополизатором из отдаленной местности. Правители народа не должны устанавливать цен, кроме случаев необходимости. Монополизатору предписывается продать излишние запасы. Если обнаружится стачка, судья должен установить таксу. Оружие не должно быть продаваемо мятежникам. Сырой фруктовый сок может быть продаваем для выделки из него вина. Дом может быть отдан внаймы вне города для устройства в нем пагоды или церкви. Мусульманин может носить вино неправовверному и получать за это вознаграждение. Правила относительно земли и домов в Мекке. Скрытая лихва непристойна.

Раздел VII. Разные случаи

Коран должен быть писан без знаков или точек. Неправовверные могут входить в священную мечеть. Непристойно иметь евнухов. Разрешается холостить скот. Можно навещать еврея или христианина во время болезни. Пустые обращения в молитве не допускаются. Игра не разрешается. Подарки (за исключением платья и денег) и угощение могут быть приняты от раба, занимающегося торговлею. Общие правила относительно малолетних сирот или найденных. Хозяин не должен надевать железный ошейник на шею раба, но он может подвергнуть его заключению. Клизитры разрешаются в случаях необходимости. Вознаграждение казию должно быть выдаваемо из общественной казны. Случай отставки казия после получения им жалованья. Рабыни могут путешествовать без сопровождения родственника.

КНИГА XLV. О ВОЗДЕЛЫВАНИИ МЕРТВЫХ ЗЕМЕЛЬ

Определение мавата. Описание земли, называемой этим термином. Возделывание пустых полей сообщает возделывателю право собственности на них. С возделанной таким образом земли платится лишь десятина, если она не орошается водою, подлежащею налогу. При возделывании смежных участков к этой земле должна быть оставлена дорога. Зимий приобретает право собственности на землю, которую он возделывает, так же, как и мусульманин. Если земля не будет возделана в течение трех лет после ее отграничения, то она может быть передана имамом другому лицу. Способ отмежевания пустых полей. Возделывание имеет место при взрытии и орошении почвы. Поставление изгороди или посева. Возделывание не должно иметь места на границах уже возделанной земли. К колодцу, выкопанному в пустом поле, отводится известное пространство земли, в пределах которого никто другой не вправе копать. Если же кто-либо сделает это, то он ответствен за могущие произойти от того случайности. Известное пространство земли отводится также к водопроводу или к дереву, посаженному на пустом поле. Оставленные русла рек не должны быть

возделываемы. Земля не отводится к арыку, протекающему по чужой земле, если не представлено доказательств права на нее. Разногласие относительно арыков.

Раздел I. О водах

Всякий имеет право пить из колодца, арыка или водохранилища, а также поить скот, если по близости нет другой воды. Воду можно также брать для омовения или для орошения деревьев или террас.

Раздел II. Об углублении и очистке рек

Реки бывают трех родов. Большие общественные реки должны быть очищаемы и исправляемы за счет общественной казны или с помощью общественной работы, а реки, составляющие частную собственность, — за счет собственников. Правила относительно арыков, водопроводов и т.п.

Раздел III. О ширбе, или праве на воду

Право на воду может существовать независимо от права на землю. Никто не вправе изменить или преградить течение воды, протекающей по его земле. В случае спора следует учинить распределение права на воду. Ручей не может быть запружен ради удобств одного из соучастников без согласия других. Один из совладельцев ручья не может провести от него арык или построить на нем мельницу без согласия остальных или ниже устроить водопроводную машину или мост. Один из соучастников не может изменить способ распределения воды без согласия другого или увеличить число отверстий, через которые он получает свою долю. Или проводить свою долю воды на землю, которая не вправе получать таковую. Или проводить ее через такие земли на те, которые вправе получать эту воду. Равным образом он не может заделать некоторые из отверстий или принять способ раздела путем поочередного пользования. Право на воду не может быть дано в приданое или в виде вознаграждения за хуля, или в виде эквивалента по мировой сделке. Или продано отдельно от земли для уплаты долгов умершего. Способ действия в этом случае. Случайности от пользования водою не влекут за собою ответственности.

КНИГА XLVI. О ЗАПРЕЩЕННЫХ НАПИТКАХ

Существует четыре запрещенных напитка. Хамр, который незаконен в каком бы то ни было количестве, есть мерзость в высшей степени и не может составлять собственности мусульманина, ни служить к уплате его долгов или для его пользования. Питье его в каком бы то ни было количестве влечет за собою наказание, если только он не прокипячен. Но он может быть превращен в уксус. Базик, называемый (если выкипячен до половины) мониссафом. Сиккер. Нуку заиб. Три последние напитка не столь незаконны, как хамр. Их можно считать законными, не навлекая на себя обвинения в неправоверию, и пить (не доводя себя до опьянения) безнаказанно. Они могут быть также продаваемы и составляют предмет ответственности. Но их не следует употреблять. Хултин может быть употребляем для питья. Напитки из меда или

зерна законны, но тот, кто доведет себя до опьянения ими, подлежит наказанию. Мусаллас законен. Общие правила относительно этого напитка. Правила при кипячении невыжатого винограда или относительно смеси винограда с финиками. Напиток, раз ставший спиртным, не становится законным вследствие кипячения. Правила употребления посуды. Из хамра можно делать уксус; посуда, в которой таким образом получился уксус, становится чистою. Правила относительно осадка хамра.

КНИГА XLVII. ОБ ОХОТЕ

Раздел I. О лове дичи с помощью животных, предназначенных для охоты, каковы собаки, соколы и др.

Законно охотиться при помощи всех животных, принадлежащих к охотничьей породе и надлежащим образом дрессированных. Правила для удостоверения в том, что собака и т.п. надлежащим образом дрессированы. Призыв должен быть повторен (или, по крайней мере, не должен быть намеренно упущен) во время спуска собаки и т.п. Если употребляемое для охоты четвероногое пожрет часть дичи, то такая становится незаконной. Дичь, пойманная соколом, по возвращении его в дикое состояние незаконна. Дичь, кровь которой пьет собака, не перестает быть законною. Равно законна дичь, от которой собака съела отрезанный для нее и брошенный ей хозяином кусок. Случай, когда собака, преследуя дичь, откусит часть ее. Дичь пойманная живою, должна быть убита путем забха, если только она проживет достаточно времени для исполнения этого обряда. Пойманная дичь законна, хотя бы она была и не та, которую охотник имел в виду. Правила при спуске пантеры на дичь. Вся дичь, пойманная собакою по одному призыву, законна. Правило, применяемое при этом относительно собаки и соколов. Дичь незаконна, если поймана независимо от действия охотника. Для законности ее, если она поймана мертвою, требуется, чтобы из нее вытекла кровь. Дичь становится незаконною вследствие привождения какой-либо причины незаконности при поимке ее. Дичь, взятая на охоте лицом, не имеющим право совершать забх, незаконна. Дичь, убитая при вторичной поимке (той же собакой или другой) законна.

Раздел II. О стрельбе дичи из лука

Дичь, убитая охотником, выстрелившим наудачу на шум, законна, если только шум исходил от дичи. Дичь, убитая стрелою, направленною в другое животное, законна. Призыв должен быть сделан в момент спуска стрелы, но если животное будет взято живым, то оно все-таки должно быть зарезано путем забха. Дичь, раненная и затем найденная мертвой лицом, пустившим стрелу, законна, если он не откроет на ней другой раны. Если дичь, будучи убита, упадет в воду, на какое-либо строение и т.п. до достижения земли, то она незаконна. Правило относительно морских или речных птиц. Дичь, убитая ударом и не раненная, незаконна. Случай отрезания головы животного. Маг, вероотступник или идолопоклонник не могут убивать дичь. Случай ранения дичи одним лицом и убийства ее — другим. Случай поранения дичи, а затем убийства ее одним и тем же лицом. Охотиться можно за всеми животными.

КНИГА XLVIII. О РАГАНЕ, ИЛИ ЗАКЛАДЕ**Глава I. Введение**

Определение рагана. Заклад устанавливается предложением и принятием и утверждается получением заложенной вещи. После вступления залогопринимателя во владение вещью договор становится обязательным и он (залогоприниматель) ответствен за заложенную вещь, которую вправе удержать до уплаты ему долга, не допуская залогодателя к пользованию этою вещью. Долг, обеспеченный залогом, должен действительно существовать. Ответственность за заложенную вещь простирается до суммы, равной претензии залогопринимателя. Залогоприниматель может требовать платежа долга и подвергнуть залогодателя заключению в случае уклонения от платежа. До платежа залогоприниматель должен представить заложенную вещь. Но если он требует платежа в отдаленном месте, то не обязан представлять залога, если это сопряжено с расходами. Заложенная вещь может быть продана по желанию залогодателя; и затем нельзя требовать от залогопринимателя представления ее. Он должен представить вещь при получении частной уплаты, как и в случае полного платежа. Случаи, в которых не требуется представления заложенной вещи. Залогодатель не может требовать возврата ему заложенной вещи для продажи ее и уплаты долга. Залогоприниматель должен возвратить полученное им в уплату долга, если заложенная вещь погибнет в его руках. Договор не считается прекращенным, пока заложенная вещь не будет возвращена. Долг погашается с утратою заложенной вещи. Залогоприниматель не вправе пользоваться заложенною вещью или отдать ее в ссуду или внаймы. Он может поручить надзор за нею кому-либо из своей семьи. Если он совершит относительно заложенной вещи правонарушение, то ответствен за всю стоимость ее. Пользование вещью определяется способом употребления или ношения ее залогодателем. Расходы по хранению вещи, данной в заклад, лежат на залогопринимателе, а расходы по содержанию — на залогодателе. Но расходы, вызванные болезнью или правонарушениями, ложатся на обоих. Налоги уплачиваются залогодателем. Десятина с заложенной земли удовлетворяется преимущественно перед претензией залогопринимателя. Если одна из сторон добровольно уплатит то, что лежало на обязанности другой стороны, то она не получает на этом основании права иска к другой стороне.

**Глава II. О вещах, способных быть предметом залога,
и о вещах, за которые можно давать заклад**

Неопределенная часть вещи не может быть предметом залога, даже если залогопринимателем является совладелец вещи. Если заклад станет неопределенным вследствие какого-либо привходящего действия или обстоятельства, то договор залога прекращается. Предмет, естественным образом соединенный с другим, не может быть дан в заклад отдельно. Деревья, однако, могут быть заложены вместе с отдельными кусками земли, на которых они стоят, независимо от остальной земли. Заявление права на отдельную часть заложенной вещи не уничтожает договора в отношении остальной части. Оставление заложенной вещи во владении залогодате-

ля снимает с залогопринимателя ответственность за нее. Нельзя обеспечивать вверенные вещи залогом, ни за вещи, не составляющие предмета ответственности для держателя их, ни в качестве обеспечения от случайностей. Случай залога при сделке саям или сарф. При расторжении договора саям залог остается в качестве обеспечения данных вперед денег, и если он погибнет в руках залогопринимателя, то претензия его на возврат денег погашается. Вольноотпущенный, мудаббар, мукатаб или умми-валяд не могут быть заложены. Залог не может быть взят в обеспечение явки от поручителя или преступника, подлежащего возмездию, или в обеспечение права шифат, или за преступного раба, или за долги раба, или в обеспечение жалованья публичного певца или плакальщика. Мусульманин не может давать или принимать вино в залог; но если он получит его в залог от зиммия и оно будет утрачено, то он ответствен. Залогоприниматель ответствен за заложенную вещь, хотя бы оказалось, что долг, в обеспечение которого залог дан, не существует. Отец или опекун могут заложить раба несовершеннолетнего опекаемого в обеспечение своего долга, но они ответственны в случае потери. Они могут также уполномочить залогопринимателя продать раба. Отец может удержать имущество одного из своих несовершеннолетних детей в обеспечение долга этого несовершеннолетнего ему самому, или другому из его несовершеннолетних детей, или его рабу, производящему торговлю. Но опекун не имеет этого права. Однако и он может удержать имущество в залог за доставленные им предметы необходимости. Сын не может получить обратно имущество, заложенное покойным отцом его, иначе как по выкупе этого имущества. Если он выкупит имущество при жизни отца, то имеет к нему право иска в размере уплаченного, и отец ответствен в случае утраты заложенного. Случай залога опекуном имущества опекаемого сироты, последующего взятия этого имущества в ссуду и утраты его. Деньги и все взвешиваемые и измеряемые предметы могут быть отдаваемы в залог. Правила, подлежащие соблюдению в этом случае. Случай утраты заложенной серебряной посуды или поломки ее. При продаже можно выговорить залог в обеспечение цены проданного предмета. Но соглашение действительно только если заложенная вещь в точности указана и покупатель нельзя принудить передать таковую. Вещь, предложенная покупщиком как обеспечение цены товара, считается залогом, хотя бы термин этот и не был упомянут им.

Раздел

Когда два (или более) предмета представлены в залог по одному долгу, они не могут быть выкуплены каждый отдельно, хотя бы каждый предмет обеспечивал известную часть долга. Предмет, заложенный двум лицам, заложен каждому из них в целом объеме. Если они согласятся владеть им по очереди, то каждый, в свою очередь, считается доверенным лицом другого. Если два лица, каждое отдельно, ищут вещь от третьего лица, заявляя, что таковая заложена им, и оба представят доказательства, то иск обоих ничтожен. Если залогодатель умрет, оставив вещь в залоге у двух залогопринимателей, то она продается для удовлетворения их претензий.

Глава III. О зкладе, помещенном в руки третьего лица

Стороны могут, по соглашению, доверить заложенную вещь хранению какого-либо почтенного лица. После чего ни одна из них не вправе изъять вещь из рук доверенного, но залогоприниматель ответствен в случае утраты. Если доверенное лицо не совершило правонарушения, в каком случае оно ответственно. Правила, подлежащие соблюдению в этом случае. Залогодатель может поручить залогопринимателю или другому лицу продать заложенную вещь и уплатить долг, но он не может взять обратно поручение, включенное в договор. Правила относительно представителя, назначенного для продажи заложенной вещи. Залогоприниматель не может продать ее без согласия залогодателя. Представитель по наступлении срока платежа может быть принужден продать заложенную вещь. Если заложенная вещь продается по поручению доверенного лица, то полученная за вещь цена заменяет ее. Если доверенное лицо, продав заложенную вещь и уплатив залогопринимателю, впоследствии понесет убыток, то оно может получить удовлетворение от той или другой стороны. Но если поручение дано залогодателем после заключения договора, то оно должно обратиться за вознаграждением к нему одному. Лицо, доказавшее свое право на заложенного раба, умершего во владении залогопринимателя, может искать вознаграждения от той или другой стороны.

Глава IV. О власти над заложенными вещами и о правонарушениях относительно этих вещей

Заложенная вещь не может быть продана без согласия залогопринимателя, который, если залогодатель продаст ее более одного раза, может утвердить ту или другую продажу. Заложенный раб может быть отпущен на волю залогодателем, который, если он богат, должен заменить заложенного раба стоимостью его. Но если он беден, раб должен совершить работу за освобождение в размере стоимости своей для погашения претензии залогопринимателя, хотя бы он оспаривал, что находился в зкладе до отпущения на волю. Залогодатель может сделать своего заложенного раба мудаббаром или умми-валяд. Если он богат, то должен представить в зклад стоимость раба; если беден, то раб должен совершить работу за освобождение в размере суммы долга. Залогодатель, став состоятельным, ответствен за освободительную работу в первом случае, но не в последнем. Отпущенный на волю мудаббар не обязан исполнить для залогопринимателя работу сверх своей стоимости. Уничтожение зклада залогодателем, посторонним лицом или залогопринимателем. Уменьшение стоимости зложенной вещи имеет последствием пропорциональное погашение претензии залогопринимателя. Залогоприниматель, дающий зложенную вещь в ссуду залогодателю, свободен от ответственности в течение ссудного времени, но он может взять раба обратно, когда пожелает, и тогда ответственность возвращается. Заложенная вещь, отданная в ссуду одною из сторон третьему лицу, не составляет уже предмета ответственности. Заложенная вещь, которою одна из сторон распорядится с согласия другой, исключается из договора. Лицо, берущее вещь в ссуду с намерением заложить ее, должно соблюдать условия, под которыми вещь ссужена

ему, если они были поставлены; если оно допустит отступление, то ответственно в случае потери. Но оно не ответственно, если ссуженная вещь будет утрачена до заклада или после выкупа. При спорах относительно утраты заложенной вещи дается вера заявлению ссудоприемателя относительно лица, в чьем владении вещь утрачена, и заявлению ссудодателя — относительно условий ссуды. Лицо, получающее в заклад взятый в ссуду предмет на основании обещания дать в займы, должно уплатить обещанную сумму залогодателю, который, в свою очередь, уплачивает ее ссудодателю. Лицо, давшее в ссуду раба для заклада, может отпустить его на волю, поместив стоимость его в руки залогоприемателя взамен раба. Ссудоприематель, допустивший правонарушение относительно вещи (до заклада или после выкупа ее), а затем прекративший такое нарушение, не ответствен в случае утраты. Залогодатель, уничтоживший заложенную вещь, ответствен перед залогоприемателем за стоимость ее, равно как и за всякую порчу вещи пропорционально нанесенному ущербу. Всякое подлежащее штрафу правонарушение, совершенное заложенным рабом над личностью или имуществом залогодателя, не принимается в расчет, равно как и подобное же правонарушение, совершенное им над личностью залогоприемателя или над его собственностью, если только стоимость раба не превышает долга, обеспечиваемого им. Но правонарушение, совершенное им против сына залогоприемателя, подлежит преследованию. Если заложенная вещь будет уничтожена после падения ее цены, то залогоприематель должен удовольствоваться вознаграждением, которое он получит от виновника уничтожения. Но если он продаст ее по желанию залогодателя для платежа долга, то он все-таки имеет право на получение недостающей суммы. Залогодатель должен выкупить раба меньшей стоимости (полученного залогоприемателем в вознаграждение за убийство заложенного раба) уплатою всего своего долга. Штрафы, налагаемые по вине заложенного раба, уплачиваются залогоприемателем. Но если он откажется, они уплачиваются залогодателем, который ставит их в счет залогоприемателю при расчете по долгу. Правило относительно долгов, возникших вследствие уничтожения заложенным рабом чужой собственности. Если стоимость раба вдвое больше суммы долга, то наложенные по его вине штрафы уплачиваются равномерно обеими сторонами. Душеприказчик умершего залогодателя может продать заложенную вещь и погасить долг с согласия залогоприемателя. Душеприказчик не может закладывать вещей умершего кому-либо из кредиторов его, за исключением случая, когда существует только один кредитор. Он может получать заклады в обеспечение претензий умершего.

Раздел

Виноградный сок, превратившийся в вино, а затем в уксус, все-таки остается в закладе. Заложенная вещь, испорченная в части, остается в закладе в отношении остальной части. Всякое приращение к заложенной вещи удерживается в закладе вместе с нею. Залогодержатель, пользующийся произведениями заложенной вещи с разрешения залогодателя, не обязан возмещать стоимость потребленного им. Заклад может быть увеличен, но не долг. Случай приращения к заложенной рабе. Случай передачи в заклад одного раба взамен другого. Залогоприематель по освобо-

ждении залогодателя от долга не ответствен за заложенную вещь. Если заложенная вещь погибнет в его руках после получения им платежа долга, то он должен возвратить полученное им, и долг считается погашенным. Равно как и в случае мирового соглашения относительно долга или если залогодатель (с его согласия) совершит перевод долга на другое лицо. Если заложенная вещь будет утрачена после того, как стороны согласятся в том, что никакого долга не существовало, то факт этот считается равносильным погашению предполагавшегося долга.

КНИГА XLIX. О ДЖИНАЯТЕ, ИЛИ ПРЕСТУПЛЕНИЯХ ПРОТИВ ЛИЧНОСТИ

КНИГА I. О ДИЙЯТЕ, ИЛИ ПЕНЯХ

Определение дийята.

Глава I. Введение

Глава II. О заграждении общественной дороги

Строения, возведенные на общественной дороге, или строительный материал, сложенный на ней, могут быть удалены всяким желающим. Они не могут быть возведены в закрытом переулке без согласия обитателей его. Лицо, возводящее постройку и т.п. на общественной дороге, подлежит штрафу. Случай смерти, причиненной падением трубы. Лицо, сделавшее постройку на своем доме, ответственно за всякий происшедший от того вред даже после продажи им дома. Лицо, разводящее огонь на большой дороге, ответственно за все сгоревшее от него. Рабочие, делающие постройку, ответственны за всякий вред, происшедший от того до окончания работы. Лицо, льющее воду на большую дорогу, ответственно за могущие произойти от того случайности, если лицо, потерпевшее вред, не прошло намеренно по воде. Лицо, направляющее воду, предназначенную для поливки, на дорогу, ответственно за случайности. Случай прорыва рва или положения камня на общественной дороге. Свалка навоза или рытье ямы на общественной дороге равносильно положению на ней камня. Лицо, перенесшее преграду на другое место, ответственно за всякий могущий произойти от того впоследствии вред. Нет ответственности за случай от выгребной ямы, устроенной на большой дороге общественной властью. Лицо, роющее канаву на своей земле, не ответственно за причиненную от того кому-либо смерть. Если кто-либо упадет в ров и там умрет с голода, то это не служит основанием к ответственности. Рабочие, поставленные вырыть канаву на чужой земле, не ответственны за случайности, если не знали о правонарушении. Строитель частного моста и т.п. не ответствен за случай, имевший последствием лишение жизни проходивших по мосту. Носильщик ответствен за случайности, происшедшие от его ноши. Постороннее лицо, вешающее лампу в мечети или посыпающее в ней песок, ответственно за все случайности, могущие произойти от того; но оно не ответственно за случайности, происшедшие от его собственной личности.

Раздел. О постройках, грозящих падением

Владелец ветхой стены ответствен за всякую случайность, происшедшую от нее, после получения им надлежащего предупреждения и требования о срытии ее. Лицо, возводящее кривую стену, ответственно за вред, причиненный ее падением. Факт требования устанавливается свидетельством одного мужчины или двух женщин. Требование это может быть заявлено зимним и мусульманином или обитателями соседнего дома. И если эти последние предоставят срок, то это действительно. Лицо, продавшее ветхий дом после заявления упомянутого требования, не ответственно за случайности, могущие произойти от него. Требование, для действительности своей, должно быть обращено к лицу, способному исполнить таковое. Требование, обращенное к одному из нескольких соучастников, относится до него одного. После падения стены собственник ее обязан убрать обломки: не сделав этого, он ответствен за последовавший от этого вред. Собственник ветхой стены не ответствен за случайности, причиненные падением с нее какого-либо предмета, если предмет этот не принадлежит ему.

Глава III. О правонарушениях, совершенных животными или над ними

Лицо, едущее верхом на животном, ответственно за всякий причиненный животным вред, предупреждение которого было в его власти. И если оно остановит животное на дороге, то ответственно за все случайности. Оно ответственно также за вред, причиненный большим камнем, подброшенным копытом животного, но не за случай, причиненный испражнениями или мочою животного, если только ездок не остановил животное без нужды, и оно стало испражняться. Ответственность погонщика или проводника животного. Искупление требуется от ездока, но не от погонщика или проводника животного. Если на животном сидел всадник, а при нем находился погонщик или проводник, то ответственность падает на первого, а не на последних. Случай столкновения и смерти двух ездоков. Погонщик животного ответствен за всякий вред, причиненный падением седла и т.п. Ответственность в случае проводки нескольких связанных веревкою верблюдов. Лицо ответственно за вред, причиненный спуском собаки на охоте, но оно не ответственно, если не погоняет и не науськивает собаку или если оно спускает ее на дичь. Человек, спускающий свое животное на большой дороге, ответствен за всякий причиненный им убыток. За глаз козы следует уплатить соответствующее вознаграждение, а за глаз рабочего скота — четверть его стоимости. Случай вреда, причиненного животным, имеющим на спине всадника или ведомого кем-либо. Лицо, ударившее животное без нужды, отчего причинится вред, ответственно. Равно как и лицо, поставившее что-либо на дорогу, способное раздражить животное.

Глава IV. О правонарушениях, совершенных рабами или над ними.

(Эта глава пропущена вследствие отмены рабства)

Глава V. О правонарушениях, совершенных находящимися в незаконном владении рабами или малолетними во время незаконного владения.

(Эта глава также пропущена вследствие отмены рабства)

Глава VI. О киссамате, или приводе к присяге.

(Глава пропущена вследствие утраты ею значения)

КНИГА LI. О МАВАКИЛЕ, ИЛИ ВЗИМАНИИ ПЕНИ

КНИГА LII. О ВАСАЙИ, ИЛИ ПОСМЕРТНЫХ РАСПОРЯЖЕНИЯХ

Определение терминов, употребляемых при посмертных распоряжениях.

Глава I. О распоряжениях законных и о распоряжениях похвальных, а также об отмене распоряжений

Распоряжения на случай смерти законны и действительны в размере до одной трети имущества завещателя, но не более. Отказ в пользу наследника недействителен, если не подтвержден другими наследниками. Отказ в пользу лица, от которого завещатель получил смертельную рану, недействителен. И если легатарий убьет завещателя, то отказ в его пользу ничтожен. Отказ в пользу части наследников недействителен. Отказы между мусульманами и зиммиями действительны. Принятие и отклонение их не могут быть выражены раньше смерти завещателя. Похвально не делать отказов, когда наследники бедны. Легатарий становится собственником отказа принятием его, которое может быть положительно выражено или предполагается. Отказ, сделанный несостоятельным лицом, ничтожен, равно как и отказ, сделанный малолетним или мукатабом. Отказ утробного плода или в пользу утробного плода действителен. Раба может быть отказана без ее потомства. Отказ отменяется положительным объявлением завещателя или каким-либо действием с его стороны, предполагающим отмену или прекращающим его право собственности на отказанный предмет. Отрицание завещателем факта отказа не составляет отмены его, ни объявление им отказа незаконным или лихвенным или желание отсрочить вступление отказа в силу. Отказ в пользу одного лица уничтожается вследствие последующего отказа того же предмета другому лицу, если только это последнее лицо находится в живых.

Глава II. Об отказе одной трети имущества

Случай отказа двух третей имущества двум лицам, каждому в отдельности, или одной трети — одному и одной шестой — другому. Случай отказов магабат и отказ известной суммы денег. Случай отказа всего имущества одному лицу, а затем одной трети его другому. Отказ «сыновней доли наследства» недействителен, но не отказ эквивалента такой доли. Отказ «части» имущества приводится в исполнение в размере наименьшей наследственной доли в этом имуществе. Случай отказа сперва одной шестой, а потом одной третьей части одному и тому же лицу или

сперва одной трети, а потом одной шестой одному и тому же лицу. Если кто-либо отказывает одну треть известного имущества и две трети его погибнут, а остальное не превышает одной трети имущества завещателя, то легатарий имеет право на весь остаток. Отказ «одной трети» предмета, часть которого впоследствии погибнет, имеет силу в отношении одной трети остатка. Отказ в деньгах должен быть уплачен в целости из наличного имущества, хотя бы все остальное имущество состояло в долгах на других лиц. Отказ, сделанный в пользу двух лиц, из которых одного в то время нет уже в живых, всецело поступает в пользу живого легатария. Если сделан отказ в пользу двух лиц, без определения частей каждого, то в случае смерти одного из тех лиц другое получает лишь половину отказа. Отказ, сделанный лицом бедным, имеет силу, если оно впоследствии станет богатым. Отказ вещи, не находящейся во владении или распоряжении завещателя в момент его смерти, ничтожен. Раздел отказа, сделанного без указания долей, трем различного состояния лицам, или одному лицу и известному классу лиц, или только известному классу лиц. Случай допущения завещателем третьего лица к соучастию с двумя другими легатариями. Признание долга на смертном одре действительно в размере до одной трети имущества. Общий отказ в пользу наследника и постороннего лица исполняется только относительно последнего в размере одной половины. Равно как и совокупный отказ в пользу убийцы завещателя и постороннего лица. Обстоятельство, порождающее неопределенность по отношению к легатариям, уничтожает отказ. Отказ помещения в доме, составляющем общую собственность. Действительность отказа денег, принадлежащих другому, зависит от согласия собственника. Если наследник после раздела имущества признает факт отказа в пользу другого лица, то он должен выдать признанному им легатария свою долю в таком отказе. Отказ рабы, которая (до раздела имущества) родит ребенка.

Раздел. О времени совершения отказа

Дарственные акты, действие которых наступает немедленно и совершенные на смертном одре, вступают в силу лишь в отношении одной трети имущества. Признание, учиненное на смертном одре, в пользу лица, впоследствии ставшего наследником, действительно; но не отказ или дарение. Учиненное таким образом признание недействительно, если принцип наследования существовал в лице, в пользу которого учинено признание, раньше учинения оно. Признание, дарение или отказ в пользу сына-раба, который впоследствии до смерти отца получит свободу, все-таки ничтожны. Правило для установления смертельной болезни.

Глава III. Об отпущении на волю на смертном одре и о распоряжениях, касающихся отпущения на волю

Отпущение на волю, дарение и акты магабата, учиненные на смертном одре, вступают в силу в отношении одной трети имущества. Случай магабата и отпущения на волю одним и тем же лицом. Магабат или отпущение на волю исполняются прежде действительных отказов. Назначение известной суммы в виде отказа для освобождения раба уничтожается последующею утратою или неимением части ее. Раб,

стоимость которого превышает треть имущества и который освобожден на смертном одре, не обязан совершить труд за освобождение, если наследники согласятся на отпущение его на волю. Отказ в виде освобождения раба уничтожается вследствие выдачи его в вознаграждение за совершенное им правонарушение. Когда наследник и легатарий соглашаются относительно того, что раб был освобожден завещателем, то относительно времени отказа дается вера заявлению наследника. Случай заявления об отпущении на волю и о существовании долга, которому наследники дают веру.

Раздел. Об отказах с благочестивою целью

При исполнении нескольких отказов, сделанных с благочестивою целью, предписанные обязанности имеют преимущество перед добровольно принятыми, разве все отказы будут одинаковой важности, в каковом случае должно следовать распределению завещателя. Правила относительно отказов на предмет совершения паломничества.

Глава IV. О распоряжениях в пользу родственников и других близких лиц

Отказ в пользу соседа есть отказ в пользу собственника ближайшего смежного дома и обнимает всякого рода и состояния лиц. Правила при отказах в пользу свойственника завещателя и в пользу его хати или в пользу его акраба. Или в пользу семьи (ал) известного лица. Или дома известного лица. Или в пользу сирот, слепых, хромых и вдов известного племени. Или в пользу племени известного лица, или в пользу детей известного племени. Отказ в пользу наследников известного лица исполняется согласно законам о наследовании. Случай отказа в пользу мавл завещателя.

Глава V. О распоряжениях, имеющих предметом предоставление узуфрукта

Предмет, отказанный в виде узуфрукта, должен быть передан легатарии, но если предмет этот составляет все имущество, то, если это раб, им владеют наследники и легатарий попеременно; если же это дом, то наследники и легатарий владеют им совместно, пропорционально своим долям. Отказ становится ничтожным вследствие смерти легатария. Отказ произведений известного предмета не дает легатарии права на личное пользование самим предметом. Равно отказ пользования не дает ему права отдать дом внаймы. Отказ пользования рабом не дает легатарии права увести его в другой город, если семья его не живет там. Отказ годового дохода, если стоимость предмета превышает треть имущества завещателя, не дает легатарии права на получение этого предмета во владение. При отказе пользования предметом одному лицу, а самого предмета — другому легатарий узуфрукта имеет только право на пользование в течение указанного времени. Если отказ предмета одному лицу, а принадлежности его — другому выражен совместно, то второй легатарий не имеет права ни на что. Отказ плодов сада относится только к имеющимся налицо плодам, если не выражено противного. Отказ произведений животного относится только к наличным произведениям во всех случаях.

Глава VI. О распоряжениях зиммиев

Церковь или синагога, основанные лицом здоровым, переходят к наследникам основателя. Если дом отказан для учреждения в нем неправоверной молельни, то он и отдается под нее, независимо от того, будет ли указан определенный легатарий или нет. Отказ, сделанный лицом чувственным или вольнодумцем, имеет то же значение, что и отказ правоверного мусульманина, если только они не впадают в открытое вероотступничество. Отказ вероотступницы действителен. Мустамин может отказать все свое имущество, но если он отказывает лишь часть, то остальное передается его наследникам. Отпущение на волю, или талбир, дарованное им на смертном одре, вступает в силу в полном объеме. Отказ в пользу мустамина действителен. Отказы, делаемые зиммием, подлежат тем же ограничениям, как и отказы мусульман. Он может сделать отказ в пользу неправоверного другой секты, не враждебного мусульманам.

Глава VII. О душеприказчиках и их власти

Душеприказчик, принявший назначение в присутствии завещателя, не вправе затем отвергнуть таковое. Если он молчит, то сохраняет за собою право отказа; но всякое действие, свидетельствующее о принятии, обязывает его исполнить поручение. Отвергнув назначение после смерти завещателя, он все-таки может принять таковое, если тем временем власти не назначат душеприказчика. Когда назначены раб, отверженное лицо или неправоверный, то казий должен назначить вместо них других лиц. Назначение раба завещателя недействительно, если некоторые из наследников достигли совершеннолетия; но не в противном случае. В случае неспособности душеприказчика казий должен назначить ему помощника, но он не должен делать этого по заявлению самого душеприказчика о своей неспособности без надлежащего исследования. Он не может быть устранен по жалобе наследников, если вина его не установлена. Двое совместно назначенных душеприказчиков не могут действовать один без другого, за исключением дел, требующих немедленного исполнения или являющихся по природе своей обязательными или сопряженных с интересом или выгодой для государства. Случай назначения завещателем разных душеприказчиков в разное время. В случае смерти одного из совокупных душеприказчиков казий должен заменить его другим, если умерший не назначил себе преемника. Душеприказчик душеприказчика есть его заместитель в делах. Душеприказчик вправе вступить во владение делами малолетних или отсутствующих совершеннолетних наследников от их имени. Отказ, назначенный для совершения паломничества, в случае утраты должен быть возмещен в размере одной трети имущества. Отказанная вещь, будучи отделена казием, переходит к наследникам легатария после его смерти. Душеприказчик может продать принадлежащего к имуществу раба для уплаты лежащих на имуществе долгов в отсутствие кредиторов, если только раб не обременен долгами. Душеприказчик, продавший предмет, оказавшийся впоследствии принадлежащим другому, ответствен перед покупщиком за полученную им цену. Душеприказчик может принять перевод долга в пользу своего малолетнего опекаемого или продать,

или купить за его счет движимость. Он может также продать движимое имущество за счет отсутствующего совершеннолетнего наследника. Он не вправе производить торговлю долей своего опекаемого. Он может продать движимое имущество за счет малолетнего или отсутствующего совершеннолетнего брата завещателя. Власть душеприказчика отца имеет преимущество над властью деда. Если нет душеприказчика, то дед является представителем отца.

Глава VIII. О доказательствах распоряжений на случай смерти

Показание двух душеприказчиков о назначении третьего недействительно, если последний не подтвердит или допустит его. Показание сирот о назначении душеприказчика не имеет значения, если он отрицает это обстоятельство. Показание душеприказчиков относительно имущества в пользу малолетнего или отсутствующего совершеннолетнего не допускается. Обоюдное показание сторон, одной в пользу другой, о долге, причитающемся каждой из имущества, действительно, но не показание об отказах. Обоюдное показание этого рода ничтожно, если им устанавливается для свидетелей право участия.

КНИГА LIII. О ГЕРМОФРОДИТАХ

Раздел I. О том, что такое гермафродиты

Гермафродиты бывают мужчины и женщины или сомнительного рода.

Раздел II. О законах, касающихся сомнительных гермафродитов

Сомнительный гермафродит должен становиться при публичных молитвах между мужчинами и женщинами, соблюдая (в других отношениях) обычаи женщин. Он не должен являться голым перед мужчиною или женщиною, ни путешествовать с кем-либо, исключая родственника; он должен быть обрезан рабою, купленною для этой цели. Правила, которые он должен соблюдать во время паломничества. Развод или отпущение на волю, поставленные в зависимость от пола, не разрушаются в случае рождения гермафродита, пока пол его не будет удостоверен. Заявление его о принадлежности к тому или другому полу не принимается. Правила подлежащие соблюдению при его погребении. Правила наследования, относящиеся до гермафродитов.

Глава последняя. Различные случаи

Общепонятные знаки немом лица достаточны для подтверждения его отказов и делают их действительными, что не относится к лицам, только лишенным речи.

Немой может совершить брак, развод, покупку или продажу, требовать и заслужить возмездия путем знаков или письма; но он не может этим способом требовать или заслужить наказания.

Случай смещения тел зарезанных животных с падалью.

КНИГА XXXIX

О КИСМАТЕ, ИЛИ РАЗДЕЛЕ¹

- Глава I. Введение.
Глава II. О вещах, могущих быть предметом раздела.
Глава III. О способе производства раздела.
Глава IV. Возражения об ошибке при разделе и иски касательно раздела.
Глава V. Постановления, относящиеся до магайата.

Глава I

ВВЕДЕНИЕ

Раздел предполагает разъединение предметов, измеряемых весом и мерами емкости. Раздел предметов, составляющих общую собственность, законен и действителен, ибо Пророк обыкновенно делил добычу и наследства. Против обычая раздела никто не возражает. Раздел может быть понимаем в двояком смысле. С одной точки зрения, он представляется разъединением, так как разъединяет или различает право одного лица от права другого; с другой точки зрения, он составляет обмен, ибо доля, достаемая одной стороне по разделу, частью составляет первоначальное ее право; но часть этой доли составляло право другой стороны пока длится общая собственность; и эту часть он получает взамен той части своего права, которая остается включенною в долю другого соучастника. В отношении предметов, измеряемых весом и мерами емкости (каковы пшеница или серебро), раздел имеет скорее значение разъединения ввиду тождества составных единиц этих предметов. Эти единицы не различаются по качеству, так что каждая частица пшеницы или серебра имеет то же значение, что и другая частица (ибо в каждой нет ничего такого, чего бы не было и в другой). Отсюда следует, что каждое лицо получает полное удовлетворение, и в доле каждого не остается ничего такого, на что другой мог бы простирать свое право. По-

¹ Раздел, по мусульманскому праву, имеет место относительно общего имущества, каким бы образом оно ни было приобретено. Правда, постановления о разделе ближайшим образом касаются наследственного раздела, но так как мусульманские ученые не отличают терминов «соучастник» и «сонаследник» (определяя сонаследство, как один из видов соучастия), то переводчик безразлично употребляет термины «соучастник» и «соучастие».

сему каждый из соучастников вполне законно может взять свою часть в отсутствие другого соучастника; также, если два лица сообща купят какой-либо предмет, измеряемый весом или мерами емкости, затем разделят его, то каждый может отдельно продать часть, которая достанется ему, с известною прибылью на половину первоначальной цены.

И обмен предметов, составные части которых неоднородны. С другой стороны, раздел является скорее обменом в отношении предметов, составные части которых неоднородны, каковы животные или домашние вещи, ввиду чего один из двух соучастников в таких предметах по закону не может взять свою часть в отсутствие другого; и равным образом, если два лица купят такого рода предмет и затем учинят раздел, то они не могут в отдельности продать каждый свою часть с известною прибылью на половину первоначальной цены. Однако если предметы эти состоят из отдельных особей, например, стадо коз, то казий по требованию одного соучастника должен предписать раздел; и так как качества всех коз приблизительно одни и те же, то такой раздел собственно составляет лишь разъединение. Ввиду того, что такое требование имеет целью сделать возможным для заявляющего его соучастника пользование принадлежащею ему частью имущества и устранить вмешательство другого лица, казий обязан удовлетворить это требование. Когда, напротив, общая собственность состоит из предметов разнородных, то казий не должен предписывать раздела, так как справедливый раздел невозможен там, где каждый отдельный предмет отличается по своим качествам от другого. Если, однако, оба соучастника согласятся на раздел разнородных предметов, то таковой законен.

Судья должен назначить лицо для производства разделов и определить ему жалованье. Казий обязан назначить лицо для производства разделов и определить ему вознаграждение из общественной казны, чтобы он производил разделы между соучастниками, не получая от них за то вознаграждения. Так как производство разделов составляет часть обязанностей самого казия (что необходимо для устранения споров), то вознаграждение назначенному для производства разделов лицу должно быть уплачиваемо из общественной казны, как и жалованье самого казия. Назначение лица для производства разделов делается для пользы всех мусульман, ввиду чего обязанность его содержания ложится на общественную казну, составляющую собственность всех.

Или установить известный размер наемной платы за его труд. Если не во власти казия определить вознаграждение из общественной казны, то он все-таки должен назначить лицо, желающее произвести раздел за известное вознаграждение, уплачиваемое сторонами, до которых раздел относится и которым он выгоден. В этом случае размер вознаграждения должен быть умеренный и определенный, чтобы лицо, производящее раздел, не могло ставить чрезмерные требования. Но лучше, если вознаграждение это уплачивается из общественной казны, так как это легче для народа и дает менее оснований к нареканиям в подкупе и несправедливости.

Лицо, производящее раздел, должно обладать справедливостью и опытом. Лицо, производящее раздел, должно быть известно справедливостью и честностью; равным образом оно должно обладать знанием своего дела.

Но разделы не должны производиться всегда одним лицом. Судья не должен принуждать народ обращаться для разделов всегда к одному и тому же лицу, ибо соглашение между сторонами и этим лицом есть род договора, а незаконно принуждать кого-либо к вступлению в договор; равным образом, если допустить такую практику, то лицо, исключительно уполномоченное к разделам, требовало бы чрезмерного вознаграждения.

Соучастники могут вступить в соглашение относительно раздела, заручившись (если между ними есть малолетний) разрешением судьи. Несколько соучастников могут вступить в соглашение и учинить раздел общей собственности. Но если между ними есть малолетний, то необходимо запастись разрешением судьи, так как они не имеют власти над малолетним.

Лица, назначенные для производства разделов, не могут вступать в соглашение друг с другом. Казий не должен допускать, чтобы лица, назначенные для производства разделов, вступали друг с другом в соглашение относительно наемной платы или вознаграждения за их труд, ибо такое соглашение имеет целью поднять наемную плату до чрезвычайных размеров: каждое из этих лиц при обращении к нему найдет предлог уклониться и станет отсылать стороны, нуждающиеся в его услугах, к другому, пока, наконец, они не принуждены будут согласиться на чрезмерные требования. Между тем, если каждый будет действовать сам по себе, то он охотно согласится на умеренное вознаграждение, чтобы не потерять всего.

Лицо, производящее раздел, получает вознаграждение соразмерно числу требующих его. По Абу Ханифе, размер вознаграждения лицу, производящему раздел, определяется по числу лиц, для которых раздел производится. Оба ученика утверждают, что размер этот определяется сообразно доле каждого соучастника, потому что вознаграждение лицу, производящему раздел, относится на счет имущества соучастников и определяется сообразно размеру такового так же, как и вознаграждение публичного весовщика, мерителя или лица, вырвавшего канал, предназначенный остаться в общем владении нескольких лиц, или как содержание раба, принадлежащего нескольким лицам. Абу Ханифа доказывает, что вознаграждение лицу, производящему раздел, дается за определение и разъединение долей, причем размер их не имеет значения, ибо доля соучастника в малой части определяется и отделяется так же, как и доля соучастника в большой части. Кроме того, часто бывает, что для вычисления небольшой части потребно больше труда, чем для вычисления большей части, а иногда и наоборот. Посему нелегко определить, какое из вычислений более затруднительно, ввиду чего вознаграждение должно быть определено лишь на основании самого акта раздела. Другое дело — рытье канала: в этом случае вознаграждение платится за рытье и удаление земли, и здесь есть разница в работе, исполняемой на земле, составляющей долю каждого из соучастников. Что касается взвешивания и измерения, производимых для раздела чего-либо (например, принадлежащей нескольким лицам пшеницы), то некоторые говорят, что то же разногласие существует между Абу Ханифою и обоими учениками. Но если действия эти производятся только для установления количества целого или для какой бы то ни было цели, кроме раздела, то вознаграждение дается за взвешивание и измерение, которые значи-

тельнее, когда доля участия больше. Существует также другое мнение, основанное на авторитете Абу Ханифы, что вознаграждение лица, производящего раздел, падает исключительно на лицо, требующее раздела, а не на то, которое не требовало такового, потому что раздел выгоден для первого, но не для второго.

При разделе наследства судья должен предварительно установить факты. Когда несколько соучастников явятся к казию и заявят, что арендованное имение или участок земли, находящийся в их владении, перешел к ним как к наследникам известного лица, то он не должен производить раздела дома или участка, пока они не докажут свидетелями смерти наследователя и числа его наследников. Таково мнение Абу Ханифы. Оба ученика говорят, что если соберутся все, то казий может учинить раздел, упомянув, однако, в кисмат намэ, или акте раздела, что таковой совершен на основании их заявлений.

Но в этом нет надобности, когда имущество состоит в движимости. Если, напротив, общее имущество заключается в движимости, а не в земле и домах, и стороны заявят, что они получили таковое в наследство, то казий может по их просьбе предписать совершение раздела.

Или когда таковое приобретено покупкою. Если общее имение заключается в домах или земле, и они заявят, что приобрели таковое покупкою, то казий может предписать производство раздела. Оба ученика доказывают, что владение есть видимое доказательство собственности, а единогласное заявление сторон относительно их требований свидетельствует об истинности этого заявления. Кроме того, никто не оспаривает и не отрицает их заявлений; а там, где нет спорщика, закон не требует доказательств. Посему казий должен предписать совершение раздела так же, как и в случаях, относящихся до движимости, приобретенной по наследству, или недвижимости, приобретенной покупкою. Требуется, однако, чтобы он упомянул в раздельном акте, что раздел совершен на основании их заявлений, для того чтобы сила его определения простиралась лишь на тех, которые требовали раздела, а не на других, которые, может быть, явятся впоследствии. Абу Ханифа доказывает, что предписание совершить раздел, даваемое казием, собственно есть определение, постановленное против умершего, по которому право последнего прекращается, ибо пока не последовало раздела наследственная масса считается еще его имуществом, так что, если к имуществу этому последует приращение, то оно подчиняется воле умершего, выраженной в его завещании, или идет на уплату его долгов, чего не могло бы случиться после учинения раздела. Так как фактически раздел есть определение, касающееся умершего, то присоединение части претендентов на его имущество к требованиям других не составляет достаточного веского аргумента. Поэтому они должны подтвердить свои требования против умершего доказательствами, в каковом случае часть наследников рассматривается в качестве тяжущихся в пользу умершего.

Возражение. Часть наследников не может быть рассматриваема в качестве тяжущихся в пользу умершего, так как каждый из наследников признает требования других, а лицо, признающее требования другого, не может считаться его противником.

Ответ. Часть наследников может быть рассматриваема в качестве тяжущихся за умершего, хотя и признает требования других, ибо признание это не имеет ни-

какого значения; так же, как если кто-либо взыскивает долг с имущества и наследник или душеприказчик признает иск, в каком случае признание, клонящееся ко вреду других, недостаточно, и истец должен представить казию доказательства своего иска даже против этого наследника или душеприказчика, пока не получит возможности установить свой иск против имущества вообще, в ущерб совокупности наследников. Посему, так как признание наследника или душеприказчика не имеет значения, то он без неудобств может быть рассматриваем в качестве противника или тяжущегося.

Все вышеизложенное относится к недвижимому имуществу. Другие правила применяются к движимому имуществу. Последнее требует забот для сохранения, и потому выгодно немедленно его разделить, между тем как недвижимое имущество, по природе своей, не требует забот по охране. Кроме того, лицо, во владении которого остается движимое имущество, ответственно за таковое, между тем как (по Абу Ханифе) иначе бывает относительно недвижимого имущества. Иное также дело — земельная собственность, приобретенная покупкою: проданный предмет не считается уже собственностью продавца, хотя бы он еще не был разделен; и потому предписание казия о разделе этого предмета не может быть рассматриваемо как определение отсутствующего лица, по которому право его прекращается.

Или когда раздел требуется без указания способа приобретения общего имени. Если участники в общем имени требуют его раздела, не указывая, было ли оно приобретено по наследству, куплею или иным способом, то казий может предписать совершение раздела. Автор этого сочинения говорит, что такого рода присуждение можно найти в «Китаб-ал-Кисмате»¹. В «Джами-ус-Сагире» упоминается о том, что если два лица требуют раздела земли, которая, по показанию свидетелей, находится в их владении, то казий не должен разрешать раздела, пока они не докажут также свидетелями, что земля составляет их собственность, ибо иначе может оказаться, что она принадлежит другому лицу. Некоторые ученые говорят, что это согласно с мнением одного Абу Ханифы, но другие удостоверяют, что таково же мнение всех ученых; и это общепринято, ибо нет надобности в разделе земельной собственности для сохранения ее. Кроме того, так как право собственности составляет основание раздела, то таковой не может иметь места, пока право это не доказано.

Раздел может быть разрешен по требованию и свидетельству двух наследников; но для принятия части отсутствующего или малолетнего наследника должен быть назначен представитель или опекун. Когда явятся два наследника и представят доказательства смерти наследодателя и числа наследников, дом же или другое наследственное имущество находится в их владении, но один из наследников отсутствует, то казий может разрешить раздел, если явившиеся наследники того требуют, назначив представителя для принятия части отсутствующего наследника; или если при таких же обстоятельствах один из наследников — малолетний, то казий может разрешить раздел, назначив опекуна для принятия части малолетнего: этим способом оберегает-

¹ Сборник законов, собранных имамом Мухаммадом, учеником Абу Ханифы.

ся интерес малолетнего или отсутствующего. (Но и здесь необходимо представление доказательств, по мнению Абу Ханифы, противоположному, как объяснено выше, мнению обоих учеников). Было бы иначе, если бы они приобрели дом куплею: тогда раздел не мог бы иметь места в отсутствие одного из соучастников. Это различие между случаями приобретения имущества по наследству и куплею основано на следующем. Наследник является хозяином имущества наследодателя в качестве его заместителя (субститута), так что он может возвратить (вследствие обнаружившегося порока) всякую вещь, купленную наследодателем, и равным образом может быть принужден (ввиду обнаруженного порока) взять обратно проданную наследодателем вещь; он может также воспользоваться последствиями заблуждения наследодателя при произведенных им покупках (то есть если наследодатель купит рабу и умрет, а затем наследник будет иметь от нее сына и раба окажется собственностью другого лица, то рожденный ею сын свободен, но наследник должен уплатить стоимость его хозяину рабы и, со своей стороны, может требовать возврата уплаченного от лица, продавшего раба, так же, как если бы он был сам наследодателем, купившим раба). Посему один из наследников является в качестве тяжущегося со стороны наследодателя, а другой — за самого себя. При таких обстоятельствах раздел фактически является постановлением, последовавшим в присутствии обеих сторон. Напротив, покупатель становится собственником купленной вещи по новому основанию, а не в качестве субститута, так что он не может при обнаружении недостатков вещи возвратить ее лицу, от которого последний продавец сам купил. Посему ни один из двух наличных покупателей не может считаться тяжущимся за отсутствующего. Таким образом, между обоими случаями существует очевидное различие.

Раздел не может быть разрешен, когда имущество или часть его находится во владении отсутствующего наследника, его доверенного или малолетнего. Если земля¹ или часть ее находится во владении отсутствующего наследника, или его доверенного, или во владении малолетнего наследника, то раздел не должен быть разрешен, представят ли наличные наследники доказательства или нет. Это — общепринятое мнение, ибо раздел фактически являлся бы определением казиза против отсутствующего или малолетнего, лишаящим их предмета, которым они владели, без явки с их стороны тяжущегося. Равным образом доверенное лицо отсутствующего не может являться за него тяжущимся в деле, могущем повлечь за собою для него убыток. А казий не может законным образом постановить определение без явки всех тяжущихся.

Если явится только один наследник, то не следует разрешать раздела, хотя бы он представил требуемые доказательства, так как необходимо присутствие обеих тяжущихся сторон, а одно лицо не может явиться тяжущимся с обеих сторон. Другое дело, когда явятся два наследника, как уже было объяснено.

¹ Арабское «акар», что значит всякое недвижимое имущество (и в этом смысле следует везде понимать термин «земля»).

Раздел может быть разрешен, хотя одною из сторон является малолетний или хотя одною из сторон является малолетний наследник, а другою — легатарий. Если явятся два наследника, один совершеннолетний, а другой малолетний, то казий должен назначить опекуна к малолетнему и разрешить раздел, как скоро представлены будут доказательства. Равным образом, если явится совершеннолетний наследник и легатарий, которому отказана одна треть имущества, они потребуют раздела и представят доказательства (один в подтверждение того, что он наследник, а другой — что он легатарий), то казий должен разрешить раздел. В каждом из этих случаев предполагается, что обе тяжущиеся стороны явились: совершеннолетний наследник — со стороны умершего, а легатарий — за себя; и равным образом опекун является тяжущимся за малолетнего, ввиду чего можно сказать, что малолетний явился самолично, как бы совершеннолетний, ибо опекун есть его субститут.

Глава II

О ВЕЩАХ, МОГУЩИХ БЫТЬ ПРЕДМЕТОМ РАЗДЕЛА

Имущество может быть разделено по требованию одного из соучастников, доля которого, взятая отдельно, сама имеет значение имущества. Когда доля каждого из соучастников имеет значение имущества, то раздел должен быть допущен по требованию одного из них, ибо раздел составляет неоспоримое право, когда относится к предмету делимому, как уже было объяснено. Если, напротив, польза может быть извлечена только из доли одного из соучастников, но не из доли другого соучастника ввиду крайней незначительности ее, и владелец большей доли требует раздела, то казий должен допустить его; но он не должен разрешить раздел по требованию другого соучастника. Так как первый может извлечь пользу из своей доли, то требование его заслуживает внимания; но ввиду того, что у другого не может быть иных мотивов к представлению своего требования, кроме недоброжелательства и возбуждения затруднений, то требование его не подлежит удовлетворению. Хассаф следует противоположному учению: «потому что (по его словам) соучастник в большей доле, предъявляя свое требование, причиняет убыток другому, между тем как соучастник в меньшей доле, предъявляя свое требование, сам себе наносит ущерб». С другой стороны, Хакими Шахид в своем сокращенном руководстве упоминает о том, что «казий должен допустить раздел по требованию каждого из соучастников, потому что соучастник в большей доле желает воспользоваться своею частью, а соучастник в меньшей доле добровольно подчиняется невыгоде раздела». Однако первое из этих мнений имеет за собою более авторитета.

Если каждая из долей сама по себе не имеет стоимости, то требуется согласие всех сторон. Если доля каждого из соучастников настолько незначительна, что сама по себе не имеет стоимости, то казий не должен разрешать раздела, если не последует на то согласия обоих соучастников, ибо если раздел производится принудительно, то это делается ввиду вытекающей из того пользы; но в рассматриваемом случае раздел уничтожил бы всякую пользу, а потому он не может иметь места без согласия обоих

соучастников, так как они являются лучшими судьями в деле, касающемся их, а казий может руководиться лишь видимыми обстоятельствами.

Раздел должен быть предписан, когда имущество состоит из однородных предметов (кроме земли или денег). Когда общая собственность есть аруз¹ (то есть состоит из дарагимов, динаров, земли или домов), то казий должен предписать раздел, если только имущество состоит из однородных вещей, каковы предметы, измеряемые мерами веса или емкости или числом, золото, серебро, железо или медь, скот одного рода, будь то верблюды, волю или козы. В этом случае не может быть различия в намерениях, а потому возможен справедливый раздел и, благодаря ему, достижение пользы.

Но не тогда, когда оно состоит из разнородных предметов. Казий не должен предписывать раздела, когда общее имущество состоит из разнородных предметов, например, из верблюдов и коз или из дома и осла. Так как разнородные предметы не могут быть смешиваемы, то раздел в этом случае не являлся бы разъединением и определением, но скорее обменом, который всегда должен совершаться по взаимному согласию сторон, а не по определению судьи.

Или из домашней посуды. Казий не должен предписывать раздела домашней посуды, так как таковая подчиняется правилу о разнородных предметах ввиду разницы в работе.

Сукно одинакового качества может подлежать разделу. Он может учинить раздел гератского сукна, так как таковое бывает одного качества; но он не должен делить кусок сукна, неоднородной по всей длине, ибо раздел одного куса сукна причиняет убыток, так как не может быть осуществлен без разреза его. Равным образом он не должен делить два куса сукна неодинаковой стоимости. Другое дело, когда имеются три куса сукна, из которых стоимость одного равна стоимости двух других, или когда стоимость одного из них равна диргаму, стоимость другого — диргаму с четвертью, а стоимость третьего — диргаму и трем четвертям. В первом случае он должен дать один кусок одному соучастнику, а остальные два куса — другому соучастнику; во втором случае он должен дать одному из соучастников второй кусок стоимостью в диргам с четвертью, другому — третий кусок стоимостью в диргам и три четверти и оставить первый кусок в общем владении, присвоив одному четверть, а другому три четверти куса, так как дозволено делить часть общей собственности и оставлять другую часть нераздельною.

Но не драгоценные камни или рабы. Абу Ханифа того мнения, что казии не должен делить драгоценные камни и рабов ввиду большого различия между ними. Оба ученика полагают, что он может учинить раздел рабов, так как они принадлежат к предметам однородным, подобно верблюдам, козам или военнопленным. Абу Ханифа доказывает, что между особями, принадлежащими к человеческому роду, громадная разница ввиду различия их признаков, и посему фактически рабы принадлежат к числу разнородных предметов. Другое дело — животные: отдельные особи их мало

¹ Некоторые филологи объясняют аруз как домашнюю обстановку.

отличаются друг от друга, если принадлежат к одному роду; и хотя мужчина и женщина в человеческой расе причисляются к разным родам, но самец и самка между животными относятся к одному и тому же роду. Есть также разница относительно военнопленных: право взявших их в плен простирается на их стоимость, ввиду чего по закону султан может продать их и разделить вырученную цену, между тем как в случае общей собственности право соучастников связано с существом предмета. Таким образом, есть разница между добычей и общею собственностью. Некоторые полагают, что драгоценности не подлежат разделу, когда они принадлежат к разным родам, каковы жемчуг и рубины. Другие говорят, что если драгоценные камни крупные, то они не подлежат разделу ввиду большой разницы, которая может быть между ними; но если камни мелкие, то ввиду незначительной разницы между ними они могут подлежать разделу. Другие, напротив, утверждают, что ни крупные, ни мелкие драгоценные камни не могут быть делимы ввиду разницы между ними и потому, что трудность определения их цены больше, чем в случае раздела рабов; так что, если мужчина женится и в общих выражениях обещает дать жене в виде приданого жемчуг или рубины, то такое обязательство недействительно, но если он в общих выражениях обещает дать рабов, то это действительно. Посему казий не должен пользоваться своею властью для раздела драгоценных камней.

Раздел бани, мельницы или канала не может быть учинен без согласия всех сторон. Казий не должен предписывать раздел общей мельницы, бани или канала, если нет согласия всех сторон (и таково же правило относительно рва, прорытого между двумя дорогами). Если бы в этом случае имел место раздел, то это причинило бы ущерб всем сторонам, так как отдельная часть каждой стороны не приносила бы своему владельцу никакой пользы.

Раздел домов и жилых мест. Следует заметить, что крытое место, окруженное рвами, имеющее ворота или вход, называется байт, или комнатою. Манзил, или жилое помещение, напротив, есть место, состоящее из нескольких комнат, крытого двора¹ и кухни, так что в нем можно жить с семьею. Дар, или дом, есть место, состоящее из различных комнат или помещений, с открытым двором. Посему жилое помещение больше комнаты, но меньше дома. Таковы определения Шамсуль-Аимма в его книге о шифате. В настоящем сочинении, когда употреблено общее слово «хана» (дом), мы подразумеваем такой дом, который описан выше под названием дар, за исключением случая, когда имеем в виду нижний дом в противоположность верхнему: тогда мы подразумеваем только байт или манзил.

Если имеется несколько домов, составляющих общую собственность, в одном городе, то каждый дом, по Абу Ханифе, подлежит разделу отдельно. Оба ученика говорят, что если это выгодно для соучастников, то все дома следует соединить для общего раздела, а не подвергать их разделу в отдельности. Посему все дома должны быть рассматриваемы как один дом, состоящий из различных помещений, и все

¹ Арабское «сахн», что означает внутренний двор жилища, общий для всей семьи и который в больших строениях открыт, а в малых находится под крышею.

доли каждого соучастника должны, следовательно, сосредоточиваться в одном из домов так, чтобы он всецело принадлежал ему. То же разногласие существует относительно земли, составляющей общую собственность и находящейся в разных местах. Оба ученика доказывают, что, с одной стороны, все дома принадлежат к одному роду в отношении названия, наружного вида и первоначального назначения, между тем как, с другой стороны, они принадлежат к разным родам в отношении их особых свойств и удобства для жительства в них, что зависит от местоположения и т. п. Посему следует предоставить казии определение степени превосходства одного дома над другим. Абу Ханифа доказывает, что следует обращать внимание лишь на то, чем они представляются в действительности, по их качествам, а качества эти могут быть совершенно различны в зависимости от различия городов, улиц или соседства и близости их или отдаленности от воды и мечети; посему нет возможности соблюсти равенство при разделе. По этой же причине нельзя назначить представителя для покупки дома в общих выражениях; и равным образом если кто-либо, вступая в брак, укажет в виде приданого «дом» (в общих выражениях), то указание это недействительно так же, как если он укажет в виде приданого «сукно» (вообще) или назначит представителя для покупки «сукна». Другое дело — дом, находящийся в общем владении и состоящий из различных комнат: так как раздел каждой комнаты соучастниками причинил бы всем ущерб, то следует сразу делить весь дом.

Когда два дома, составляющие общую собственность, находятся в разных городах, то, по мнению Абу Ханифы и Абу Юсуфа, оба дома подлежат разделу каждый в отдельности. Имам Мухаммад, напротив, утверждает, что раздел должен быть совокупный, как и раздел домов, расположенных в одном городе.

Комнаты, находятся ли они в одном участке или в разных, подлежат совокупному разделу, ибо разница между ними незначительна. Маназил-муласык (то есть смежные жилые помещения, или такие, которые находятся в одном доме, соприкасаясь друг с другом) рассматриваются как комнаты, между тем как маназил-мутабаин (несмежные помещения, в противоположность первым) рассматриваются как дома, ибо манзил, или жилое помещение, есть средний термин между домом и комнатой и имеет общие черты с тем и другим.

Если общая собственность заключается в недвижимом имении двух родов, например, в доме и в участке земли или в доме и в лавке, то казий должен делить каждое отдельно, ибо имущество это разнородное.

Глава III

О СПОСОБЕ ПРОИЗВОДСТВА РАЗДЕЛА

Лицо, производящее раздел, должно составить план и произвести раздел равномерно, по измерению или оценке. Лицо, производящее раздел, должно составить на бумаге план предмета, подлежащего разделу, чтобы таковой остался в его памяти. Равным образом он должен соблюдать равномерность при разделе, то есть разделить предмет в надлежащей пропорции. Из предания вытекает также, что он должен отделить ка-

жду долю и измерить ее, чтобы объем ее был известен. Он должен оценить предмет, так как для дальнейших операций ценность вещи должна быть установлена.

Как производится раздел домов. Если предположим, что разделу подлежит дом, то при определении долей он также должен разделить принадлежащую к дому дорогу и канал, если возможно, так, чтобы каждая доля не имела уже связи с другою, чтобы устранить всякий повод к спорам и вполне достигнуть цели раздела. Поступая таким образом, он должен назвать одну долю — первой, смежную долю — второй, следующую — третьей и т.д.

Затем он должен написать имена соучастников и вынимать эти имена подобно жребиям; и тот, чье имя будет вынуто сперва, получает первую долю; чье имя вынуто вторым, получит вторую долю и т.д. до конца. Сверх того, предмет должен быть разделен на части, равные наименьшей доле участия в нем одного из совладельцев, то есть если наименьшая доля участия равняется одной трети, то весь дом должен быть разделен на три части; если наименьшая доля равняется одной шестой, то весь дом подлежит разделу на шесть частей, чтобы раздел был произведен тщательно. Таким образом, если имущество подлежит разделу между двумя наследниками — сыном и дочерью наследодателя, то оно должно быть разделено на три части, называемые первой, второю и третью. Далее, лицо, производящее раздел, должно написать имена на билетиках и заставить вынимать таковые наподобие жребия: если сперва будет вынуто имя сына, то он получает первую долю и следующую за первую, а третья достанется дочери; или сперва будет вынуто имя дочери, то она получает первую долю, а две других получит сын.

Вынутие жребия установлено для удовлетворения сторон и для предупреждения нареканий в пристрастии лица, производящего раздел. Но существенной необходимости в вынутии жребия нет; и если лицо, производящее раздел, предпочтет назначить каждому надлежащую долю, то это действительно, ибо производство раздела есть судебный акт и потому следует усилить авторитет лица, производящего раздел.

При разделе земельной собственности замена доли в имуществе получением денежного вознаграждения не допускается. Лицо, производящее раздел земельной собственности, не должно допускать вознаграждения в дарагимах или динарах без согласия на то сторон; то есть если лицо это разделит имущество на неравные доли и в виде вознаграждения присоединит к меньшей доле известную сумму дарагимов, то это недействительно, если не последует согласие сторон, ибо общее имущество заключается не в дарагимах, а раздел составляет право, связанное с общею собственностью. Если допустить к разделу дарагимы, то нарушится равномерность раздела, ибо один из соучастников получает имущество и принимает обязательство уплатить дарагимы, на которые получает право другой соучастник; но возможно, что он никогда их не уплатит, вследствие чего другой потеряет то, что ему принадлежит по праву.

Раздел дома с участком земли. Если общее имение состоит из двух предметов, дома и участка земли, то каждый, по Абу Юсуфу, подлежит разделу отдельно, соответственно стоимости своей; только путем установления стоимости каждого предмета может быть достигнуто равенство при разделе. Передают мнение Абу Ханифы, что

земля может быть разделена сообразно занимаемой ею площади, а затем тот, на чьем участке находится дом или чья доля выгоднее, должен уплатить другому известную сумму дарагимов, чтобы достигнуто было равенство; и что посему при разделе дарагимы могут играть роль вспомогательного средства, когда необходимость требует того. Имам Мухаммад утверждает, что лицо, на участке которого находится дом, должно дать другому соучастнику пространство земли, стоимостью равное дому. Если, однако, его доля все-таки продолжает быть более ценною и он не в состоянии достичь равенства за неимением достаточно земли для покрытия стоимости дома, то может пополнить недостающее дарагимами, ибо, так как необходимость существует лишь в этом объеме, то основное правило раздела посредством измерения не должно быть нарушаемо сверх нужды. Это согласно с мнением, передаваемым в «Мабсуте».

Раздел земли, по которой проходит дорога или ров. Когда лицо, производящее раздел, делит имущество таким образом, что дорога или ров проходят с участка одного из общих владельцев на участок другого и относительно этого обстоятельства ничего не постановлено, то случай этот может быть разрешен двояко.

I. Он может провести дорогу или ров по другому направлению, так, чтобы они не проходили по участку другого совладельца, в каковом случае раздел действителен, ибо он не должен допускать, чтобы дорога или ров одного из соучастников проходили через участок другого. Напротив, он обязан дать им другое направление, несмотря даже на то, что отдельные соучастники вступили между собою в соглашение о том, что они будут пользоваться своими участками «со всеми правами и выгодами, принадлежащими им», потому что цель раздела заключается в отделении и определении долей каждого соучастника. А так как это возможно без ущерба для той или другой стороны, то и необходимо произвести раздел таким образом. Другое дело — в отношении земель, проданных с условием, что «они проданы с принадлежностями»: здесь, несмотря на связь или зависимость, которая может быть между ними и землями другого лица, цель продажи, заключающаяся в перенесении права собственности, достигается вполне.

II. Представляется (или может представиться) невозможным дать дороге или рову другое направление так, чтобы они не проходили по чужому участку; и это может произойти по двум различным обстоятельствам. Во-первых, когда стороны не договорили друг для друга пользования своими участками «со всеми правами и выгодами, принадлежащими им», в каковом случае раздел должен быть уничтожен вследствие связи и смешения имуществ, делающих раздел этот бесполезным, так как цель его (отделение и определение) не достигнута вполне; посему раздел должен быть учинен вновь таким образом, чтобы дорога и ров каждого были отделены. (Другое дело — в отношении проданных земель: цель продажи составляет перенесение права собственности, которое и может перейти всецело на покупателя, хотя бы он не мог непосредственно воспользоваться купленным имуществом, между тем как цель раздела состоит в том, чтобы сделать возможным пользование имуществом в полном объеме, что может быть достигнуто лишь при устройстве отдельной дороги). Во-вторых, когда все стороны условились в том, что они будут пользоваться своими участками со всеми правами и выгодами, принадлежащими им, в каковом случае раздел

действителен: дорога и ров включены в него, так как цель раздела заключается в том, чтобы каждый мог пользоваться своим имуществом, а пользование в полном объеме невозможно без дороги и канала. Посему дорога и канал входят в раздел, если только стороны выговорили друг для друга пользование своими участками со всеми правами; но так как, однако, цель раздела заключается в отделении, которое требует полного разъединения всякой связи отдельных участков, то дорога и ров не включаются в раздел, если не последовало такое соглашение. Другое дело — относительно аренды земли: так как цель аренды заключается в пользовании выгодами от земли, чего нельзя достигнуть без дороги и канала, то отсюда следует, что если об этих предметах не было упомянуто, они, тем не менее, считаются включенными в арендный договор.

В случае спора относительно дороги она подлежит разделу. Если между сторонами возникнет разногласие относительно дороги и одни пожелают, чтобы она осталась в прежнем виде, в общем владении, но чтобы остальное имущество было разделено, а другие возражают против этого, то, если только возможно, судья должен разделить дорогу и определить часть ее для каждой отдельной доли владения; если это невозможно, то он должен оставить дорогу вне раздела, который, тем не менее, должен быть произведен для того, чтобы стороны получили полную возможность пользоваться всем своим имуществом, за исключением дороги.

Стороны могут вступить в соглашение относительно дороги. Если два соучастника при разделе дороги согласятся, чтобы один имел две трети, а другой только одну треть, то такой раздел действителен, хотя бы дом принадлежал им в равных частях, ибо при разделе законно давать одному из соучастников более или менее его части, если только обе стороны согласны на это.

Сложный раздел разных домов и жилых помещений. Если два соучастника владеют домом, верхний этаж которого принадлежит другому лицу или который вообще не имеет верхнего этажа; или если они владеют другим домом, нижний этаж которого принадлежит другому лицу, или если владеют домом в два этажа, то казий должен оценить каждый дом отдельно и сообразно сему учинить раздел. Имам Мухаммад утверждает, что это — единственный законный способ. Абу Юсуф и Абу Ханифа того мнения, что он должен учинить раздел путем измерения. Имам Мухаммад доказывает, что нижний этаж имеет такие удобства и выгоды, которыми верхний этаж не обладает, каковы колодцы, отхожие места, конюшни и т.д., и что посему равенство при разделе может быть достигнуто только путем оценки. С другой стороны, оба ученика рассуждают, что раздел, если возможно, должен быть произведен путем измерения, так как общее мнение состоит из предметов, подлежащих измерению, а не в стоимости этих предметов. Впоследствии они, впрочем, разошлись в вопросе о способе измерения: Абу Ханифа утверждает, что одна пядь нижнего этажа равняется двум пядям верхнего этажа, а по Абу Юсуфу — одна пядь одного равняется одной пяди другого. Некоторые думали, что противоречие в мнениях этих ученых объясняется различием их места жительства, ибо во время Абу Ханифы жители Куфы (место его жительства) предпочитали нижний этаж верхнему; между тем как впоследствии, во время Абу Юсуфа, жители Багдада (где он жил)

одинаково ценили верхний и нижний этажи; и имам Мухаммад заметил, что вкус людей был различный, так как одни предпочитали верхний этаж, другие — нижний, а некоторые ценили их одинаково. Другие, напротив, не приписывая мнение трех ученых обычаям и мнениям времени и места, в котором они жили, скорее склонны приписать возникновение этого разногласия различию в основаниях закона. Так, в подкрепление учения Абу Ханифы приводится, что удобства нижнего этажа вдвое больше удобств верхнего этажа, ибо удобства нижнего этажа остаются после уничтожения верхнего, между тем как удобства верхнего не остаются после разрушения нижнего этажа. Кроме того, в нижнем этаже заключаются не только выгоды жилища, но и выгоды фундамента, ибо собственник нижнего этажа может строить, если ему угодно; но собственник верхнего этажа может только пользоваться удобствами жилища, так как он не вправе возвести строение без согласия собственника нижнего этажа. По этим соображениям, следует признать одну пядь нижнего этажа равной двум пядям верхнего. С другой стороны, в пользу мнения Абу Юсуфа приводят, что основная цель обоих этажей — служить жилищем, и этому назначению одинаково соответствуют оба этажа, ввиду чего собственник того или другого этажа может возводить постройки, не приносящие вреда другому. Наконец, в подтверждение мнения имама Мухаммада указывают, что удобства верхнего и нижнего этажей зависят от времени года, силы ветра, температуры воздуха и различия климата и стран, в которых дом находится, ввиду чего справедливый раздел возможен только путем оценки. В наше время закон применяется согласно мнению имама Мухаммада, не нуждающемуся в комментариях и разъяснениях.

По учению Абу Ханифы, способ раздела в рассматриваемом случае следующий. Лицо, производящее раздел, должно сперва противопоставить верхнему этажу дома (который, предположим, вмещает сто пядей) часть полного дома, равную $33 \frac{1}{3}$ пядей, ибо верхний этаж ценится вдвое менее нижнего; следовательно, $33 \frac{1}{3}$ пядей нижнего этажа полного дома равны $66 \frac{2}{3}$ пядей верхнего этажа другого дома. И так как эти $66 \frac{2}{3}$ вместе с $33 \frac{1}{3}$ пядей нижнего этажа составляют полный дом, то целое как раз равняется ста пядям дома с верхним этажом. Затем лицо, производящее раздел, должно противопоставить $66 \frac{2}{3}$ пядей полного дома нижнему этажу другого дома (предполагая объем такового в сто пядей), ибо верхний этаж полного дома ценится вдвое менее нижнего этажа другого дома, и $66 \frac{2}{3}$ пядей обоих этажей полного дома равны ста пядям нижнего этажа другого дома.

Способ производства раздела по Абу Юсуфу следующий. Сто пядей верхнего этажа первого дома противопоставляются 50 пядям полного дома или сто пядей нижнего этажа второго дома противопоставляются 50 пядям полного дома, ибо, по его мнению, верхний и нижний этажи ценятся одинаково, ввиду чего 50 пядей полного дома, заключающие в себе 50 пядей нижнего этажа и 50 пядей верхнего этажа, должны равняться ста пядям.

В спорах после раздела показания двух лиц, производивших его, должны быть приняты во внимание. Если между соучастниками возникнет спор после раздела и один заявит, что «он не получил всей своей доли и что часть ее остается во владении другого», другой станет отрицать это обстоятельство и оба лица, производившие раз-

дел (или два других лица), покажут, что «они учинили раздел», то показание их, по мнению обоих учеников, должно быть допущено. Имам Мухаммад говорит, что оно не может быть допущено, потому что даваемое ими показание относится к их же собственным действиям и, следовательно, недопустимо так же, как и показание лица о своем действии, ввиду которого кто-либо отложил отпущение на волю своего раба. Оба ученика доказывают, что в действительности свидетели дают показание о чужих действиях (именно — о фактах овладения и продолжающегося владения), а не о своих собственных, так как их действия заключались только в определении и разъединении, для установления чего нет надобности в доказательствах. Посему их показание должно быть допущено. Тахави замечает, что когда лица, производящие раздел, получают за свой труд плату, то, по общему признанию, показание их не может быть допущено. Некоторые ученые нашего мазхаба того же мнения: они утверждают, что так как показание их клонится к установлению того, что они вполне и аккуратно совершили труд, за который получили вознаграждение, то показание это имеет характер свидетельства в собственную пользу. Однако автор «Хидой» не согласен с этим мнением. Он замечает, что лица, производившие раздел, при показании своем не могли руководиться собственным интересом, так как соучастники согласны в том, что они вполне и аккуратно исполнили свой труд, за который получили вознаграждение, и спорным представляется только вопрос об овладении и продолжающемся владении, ввиду чего на них не может падать подозрение в лживости показаний.

Но не показание одного лица, производившего раздел. Если показание дает только одно лицо, производившее раздел, то оно не должно быть принято во внимание, ибо показание одного только лица против другого недостаточно.

Глава IV

ВОЗРАЖЕНИЯ ОБ ОШИБКЕ ПРИ РАЗДЕЛЕ И ИСКЕ КАСАТЕЛЬНО РАЗДЕЛА

Возражение об ошибке не может быть допущено, когда сторона признает, что получила свою долю, если возражение это не подкреплено доказательствами. Когда один из соучастников жалуется на допущенную при разделе ошибку и на то, что часть, пришедшаяся на его долю, находится во владении другого, то, если он раньше признавал получение своей части, жалоба его может быть допущена только если подкреплена доказательствами, ибо фактически жалоба клонится к изменению раздела после его осуществления и можно предположить, что ошибки нет и жалоба неосновательна. Если жалобщик не может подкрепить свою жалобу свидетельскими показаниями, то следует предложить другим опровергнуть ее присягою; если они откажутся присягнуть, то отказ этот должен считаться доказательством в пользу жалобщика, и казий должен предписать новый раздел имущества сообразно долям каждого. Поступая таким образом, казий сообразуется лишь с их собственной неуверенностью. Автор настоящего сочинения полагает, что в вышеупомянутом слу-

чае требование жалобщика, ввиду противоречия его самому себе, должно быть совершенно отвергнуто.

Жалоба на последующий захват представляется жалобой на незаконное овладение. Если жалобщик заявляет, что он получил всю свою долю, но что затем другой захватил часть ее, то отрицанию другого, подкрепленному присягой, должно дать веру, так как в действительности мы имеем здесь жалобу на незаконное овладение.

В случае жалобы на непередачу обе стороны должны присягнуть, и раздел признается недействительным и производится вновь. Если он утверждает, что «такая-то деревня досталась ему по разделу, но что другой не передал ему ее», причем он раньше не признавал получения своей доли, а другой возражает ему, то оба должны присягнуть, ибо спор касается количества, полученного жалобщиком по разделу, и подобен спору относительно количества проданного предмета, в каковом случае сторонам предлагается обоюдная присяга. Так и в рассматриваемом случае.

Возражение об ошибке не допускается, когда раздел совершен сторонами. Если одна из сторон жалуется, что при разделе допущена ошибка, то жалоба эта не может быть уважена, ибо обе стороны участвовали лично. Если, однако, раздел произведен по приказанию казия и заявляется о грубом обмане, то жалоба допускается, так как устойчивость авторитета казия основана на правосудии.

Случай требования известной комнаты в доме после раздела. Если дом разделен между двумя соучастниками, так что каждый получил часть, и затем один из них потребует комнату, находящуюся во владении другого, утверждая, что «это один из предметов, который должен был достаться ему вследствие раздела», а другой станет отрицать это, то, так как истец жалуется на незаконное завладение, требуется, чтобы он представил доказательства. И если оба представят доказательства, то следует преимущественно допустить доказательства со стороны того лица, который не имеет владения; существует законное правило, что доказательства, представленные со стороны лица не владеющего, имеют преимущество перед доказательствами владельца.

Если вышеупомянутая жалоба предшествует признанию того, что истцу когда-либо принадлежало владение спорным предметом, то обеим сторонам должна быть предложена присяга, и раздел должен быть признан недействительным и произведен вновь. Равным образом, если обе стороны спорят относительно своих границ, причем одна утверждает, что «известная граница принадлежит ему, но попала во владение другого», а другая утверждает то же самое относительно другой границы, и обе представят доказательства, то казий должен присудить каждой ту границу, которая находится во владении другой стороны. Если только одна сторона представит доказательства, то казий должен постановить решение только в ее пользу; но если ни одна не представит доказательства, то обеим должна быть предложена присяга, как и в случаях продажи.

Раздел. О законах, применяемых к искам¹

В случае иска известной части после раздела таковой должен быть признан недействительным и произведен вновь. Если, например, дом, состоящий в общем владении, будет разделен, а затем известная часть его (половина или треть) окажется принадлежащею другому, то раздел, по мнению всех наших ученых, ничтожен и должен быть учинен вновь.

Если после раздела отыскивают определенную часть, то она должна быть пополнена из долей других соучастников или же раздел должен быть признан недействительным и произведен вновь. Если известная и определенная часть того, что досталось одному из соучастников по разделу, окажется принадлежащею другому лицу, то раздел, по мнению всех наших ученых, действителен и не уничтожается в отношении того, что остается за отделением принадлежащего истцу; но сторона, из доли которой иск удовлетворен, имеет право или требовать уничтожения раздела (возвращая этим имущество в то положение, в котором оно находилось до раздела) и производства нового или, если пожелает, оставить раздел в силе и требовать из доли другого соучастника вознаграждения за ту часть, которой он был лишен вследствие иска третьего лица.

А также если отыскивается известная, но не точно определенная часть. Если после раздела отыскивается неопределенная часть доли одного из соучастников (например, половина) и таковая окажется принадлежащею истцу, то раздел действителен в отношении остального имущества и, по мнению имамов Абу Ханифы и Мухаммада, не уничтожается; но соучастник, к доле которого иск относится, вправе уничтожить раздел (возвратив имущество в то положение, в котором оно первоначально находилось) и потребовать нового раздела; или, если пожелает, может оставить раздел в силе и потребовать от другого соучастника вознаграждения за половину утраченной им части, равную одной четверти доли этого соучастника. По Абу Юсуфу, раздел в этом случае ничтожен, ибо признанием за истцом права на часть одной из долей бывших совладельцев создается третий соучастник, ввиду неучастия которого в разделе таковой представляется недействительным так же, как если известная часть целого предмета окажется принадлежащею другому. Это основано на том, что когда известная часть одной из их долей будет признана принадлежащею другому, то одно из назначений раздела (именно — разъединение) не достигается, так как таким способом доля одного из соучастников сама становится предметом общей собственности; и он должен обратиться за удовлетворением к доле другого в части, равной той, которой он лишился в пользу истца. Другое дело — в предыдущем случае, когда отыскивалась особая, точно определенная часть одной из их долей, каковая и признана принадлежащею истцу, ибо цель раздела (разъединение) все-таки осуществлена в отношении остального имущества. Имамы Абу Ханифа и Мухаммад доказывают, что цель раздела не разрушается вследствие признания известной, но не определенной точно части из доли одного из бывших совладельцев, принадлежащей другому

¹ Арабское «истикак», что означает требование, предъявленное к лицу, вступившему в сделку или договор с лицом, в этой сделке или договоре не участвующим.

лицу. Посему первоначально произведенный раздел действителен. Например, когда первая половина дома находится в общем владении двух соучастников, Заида и Омара, и третьего лица по имени Каледа, причем это имение принадлежит в половинной части Каледу, а в остальной — совокупно Заиду и Омару; вторая же половина дома принадлежит сообща Заиду и Омару, Калед же не имеет в ней части. В этом случае Заид и Омар могут законно учинить между собою раздел так, чтобы Заид получил всю часть их в первой половине дома и одну четверть — во второй половине, а Омар — три четверти второй половины; таким образом, раздел остается действительным и случай этот становится подобным тому, когда определенная часть одной из долей оказывается принадлежащею другому. Другое дело, когда не определенная в точности часть всего дома, заключающая в себе обе доли, окажется принадлежащею другому. Предполагая, что раздел действителен, третье лицо, право которого обнаружилось после раздела, терпит ущерб, так как оно тогда должно принять свою часть не совокупно, а разрозненно, из долей каждого из бывших соучастников, между тем как в первом случае (когда не определенная в точности часть одной из долей окажется принадлежащею другому) оно не терпит ущерба. Таким образом, между обоими случаями очевидная разница. Словом, природа рассматриваемого случая такова, что один из двух соучастников получает одну треть дома, а другой — остальные две трети, ибо стоимость первой трети равняется стоимости других двух третей, а затем половина первой трети оказывается принадлежащею другому лицу, в каком случае (по имамам Абу Ханифе и Мухаммаду) первый соучастник имеет право уничтожить раздел, ибо если бы таковой оставался действительным, то доля его оказалась разрозненною: часть ее будет заключаться в первой трети дома и часть — в остальных двух третях. Если он пожелает, может получить одну четверть доли второго соучастника, ибо если бы вся его (первого соучастника) доля оказалась принадлежащею третьему лицу, то он имел бы право получить половину доли второго соучастника, ввиду чего (делая заключение от целого к части), так как половина его доли оказалась принадлежащею третьему лицу, то он вправе получить половину от половины доли второго соучастника, которая равняется одной четверти.

Если соучастник, на долю которого пала первая половина, продаст половину ее, а затем другая половина окажется принадлежащею другому, то он все-таки имеет право на одну четверть половины, находящейся во владении другого соучастника, по вышеизложенной причине; и право его требовать уничтожения раздела прекращается ввиду того, что он продал часть своей доли. Таково мнение имамов Абу Ханифы и Мухаммада. Абу Юсуф утверждает, что вторая половина, находящаяся во владении соучастника, должна быть разделена между ними поровну и что первый соучастник должен уплатить второму половину цены, за которую он продал часть своей доли, ибо первоначальный раздел недействителен. И так как предмет, поступающий во владение кого-либо по недействительной сделке, становится его собственностью, то он может законно продать таковой; но он ответствен за стоимость его, а посему первый соучастник ответствен за половину стоимости проданного им предмета, так как половина эта принадлежит другому.

В случае доказанности долга, лежащего на имуществе, раздел такового между наследниками ничтожен. Если имущество умершего лица будет разделено между наследниками, а затем на нем окажется долг, равный всей стоимости его, то раздел должен быть уничтожен, так как долг препятствует переходу имущества в собственность наследников. То же правило применяется, когда долг не равен стоимости имущества, ибо право кредитора связано со всем имуществом умершего. Посему раздел должен быть уничтожен, если после учинения его не осталась сумма, достаточная для уплаты долга, в каковом случае он не уничтожается, так как в этом нет необходимости для уплаты долга.

Если кредитор не откажется от своей претензии или наследники не удовлетворят ее. Если кредитор после раздела откажется от своей претензии или если наследники уплатят долг из собственного имущества, то раздел остается в силе независимо от того, равен ли долг стоимости имущества или превышает ее, так как этими способами устраняется препятствие к действительности раздела.

Наследник может предъявить иск к имуществу после раздела. Если один из наследников предъявит иск о долге против умершего после раздела наследственного имущества, то иск его подлежит принятию. В этом случае нет противоречия, так как долг относится к стоимости, а не к существу наследственного имущества, а раздел имеет место относительно существа этого имущества.

Наследник не может предъявить требование определенной вещи после раздела. Если часть наследников после раздела предъявит иск об определенной вещи, входящей в состав имущества, по какому бы то ни было основанию, то он не подлежит принятию ввиду очевидного противоречия, так как присоединение наследников к разделу предполагает признание, что та определенная вещь, которая была разделена, составляла часть общего наследственного имущества.

Глава V

ПОСТАНОВЛЕНИЯ, ОТНОСЯЩИЕСЯ ДО МАГАЙАТА

Магайат есть раздел узуфрукта. Магайат на языке закона означает раздел узуфрукта. Такой раздел допустим, ибо часто невозможно всем совладельцам пользоваться сообща и одновременно предметом, находящимся в общем владении. Магайат имеет сходство с разделом собственности (ввиду чего казий может предписать производство такого раздела) с тою, однако, разницею, что при разделе собственности все соучастники пользуются своими долями одновременно, между тем как при разделе узуфрукта весьма часто каждый пользуется предметом, находящимся в общем владении, только тогда, когда очередь дойдет до него. Раздел собственности более радикален, чем раздел узуфрукта, ввиду чего, если один соучастник требует раздела собственности, а другой — раздела узуфрукта, казий должен удовлетворить требование первого; и если имел место раздел узуфрукта относительно предмета, право собственности на который может подлежать разделу (например, дом или участок земли),

а затем один из соучастников потребует раздела собственности, то казий должен допустить раздел собственности и уничтожить раздел узуфрукта.

И не уничтожается вследствие смерти сторон. Раздел узуфрукта не уничтожается вследствие смерти одного из соучастников и даже смерти обоих. Если бы он был уничтожен, то был бы (по всей вероятности) возобновлен (так как наследники умершего вправе требовать раздела узуфрукта), и потому нет смысла уничтожать его.

Соучастники могут произвести этот раздел, указав друг другу пользование известною частью общего права. Если два соучастника по общему согласию учиняют раздел узуфрукта относительно дома так, чтобы один из них жил в одной части дома, а второй — в другой части или чтобы один жил в верхнем этаже, а другой — в нижнем, то такой договор действителен; так как раздел собственности, учиненный таким образом, действителен, то действителен и раздел узуфрукта. Следует заметить, что раздел узуфрукта, учиненный таким образом, в действительности представляется разъединением, то есть разделением всех долей узуфрукта одного соучастника от долей другого соучастника и концентрацией обоих в одно место; но договор этот не заключает в себе обмена, ввиду чего не требуется, чтобы он был ограничен сроком, так как он (в этом случае) представляется арендой.

В каковом случае, каждый вправе отдать свою долю в аренду. Каждый соучастник вправе отдать в аренду ту часть имущества, пользование которою досталось на его долю, и он может присвоить себе арендную плату независимо от того, было ли о том постановлено при соглашении о разделе узуфрукта или нет, ибо выгода от этой части становится (вследствие раздела узуфрукта) собственностью соучастника, а арендная плата, которую он получает, есть ничто иное, как вознаграждение, даваемое взамен пользования его долею.

Или выговорив друг для друга попеременное право пользования. Если два соучастника вступят в соглашение о разделе узуфрукта над рабом так, чтобы один день он служил одному, а следующий день — другому, то это законно (равно как и в том случае, когда они вступят в подобное же соглашение относительно маленькой комнаты), ибо раздел узуфрукта иногда совершается распределением времени, а иногда распределением места; в рассматриваемом случае он совершается распределением времени.

Спор между сторонами должен быть разрешен вмешательством казия. Если два соучастника спорят относительно выражений состоявшегося между ними договора раздела, причем один утверждает, что он относился к времени, а другой — к месту, то казий должен вменить им в обязанность согласиться относительно того или другого способа раздела. Это основано на том, что раздел узуфрукта относительно места более справедлив, ибо этим способом каждый соучастник пользуется вещью одновременно с другим; но, с другой стороны, раздел узуфрукта относительно времени доставляет более полное пользование, так как каждый соучастник пользуется всем предметом. Так как каждый из этих способов раздела имеет за себя известные основания, то требуется, чтобы соучастники вступили в соглашение относительно одного из них. И если они изберут раздел относительно времени, то казий для избежания

нареканий в пристрастии должен вынуть жребий для установления очереди пользования.

Случай раздела пользования двумя рабами. Если два соучастника (которых мы назовем Заид и Омар) совершают раздел узуфрукта относительно двух рабов так, чтобы один служил Заиду, а другой Омару, то это соглашение действительно, по мнению обоих учеников. Так как раздел собственности относительно рабов действителен независимо от того, совершен ли таковой по распоряжению казия или по соглашению сторон, то отсюда следует, что раздел узуфрукта относительно рабов также действителен. Некоторые (опираясь на учение Абу Ханифы) утверждают, что казий не должен предписывать раздела узуфрукта относительно рабов (и таково же, по преданию, мнение Хассафа). Принуждение относительно раздела собственности над рабами не одобряется Абу Ханифой, и, очевидно, казий не может предписывать раздела узуфрукта в подобном случае. Истина заключается в том, что если казий предпишет раздел узуфрукта, то это, по мнению Абу Ханифы, законно; но если бы он предписал раздел собственности, это было бы незаконно, потому что в услугах рабов нет большой разницы, а сами рабы значительно отличаются друг от друга.

Если раздел узуфрукта относительно упомянутых двух рабов совершается таким образом, чтобы содержание одного, услугами которого пользуется Заид, лежало на обязанности последнего, а содержание другого, услугами которого пользуется Омар, падало на сего последнего, то это, по благоприятному толкованию закона, действительно. По аналогии следовало бы признать такое соглашение недействительным, потому что содержание каждого раба лежит на обязанности обоих хозяев; но когда условлено, чтобы содержание одного из рабов лежало только на обязанности одного хозяина, а содержание второго — на обязанности другого, то это может быть рассматриваемо как обмен; а так как вознаграждение (предполагая, что здесь обмен) неопределенно, то сделка недействительна. Основание к более благоприятному толкованию заключается в том, что условие о содержании рабов не требует особой точности. Другое дело, если бы каждый соучастник обязался одевать своего раба, так как в таком условии требуется точность.

Или двумя домами. Если два соучастника совершают раздел узуфрукта относительно двух домов так, чтобы один жил в одном доме, а другой — в другом, то это действительно, и казий может предписать такой раздел, по мнению обоих учеников. Таково же мнение Абу Ханифы, приводимое в «Захири-Риваяте». Это, по мнению обоих учеников, основано на том, что так как раздел собственности, совершенный таким образом, действителен, то действителен и раздел узуфрукта. Некоторые говорят, что, по Абу Ханифе, такой раздел узуфрукта, совершенный по взаимному соглашению сторон, действителен, но что он не может быть предписан казием, ибо, хотя такого рода раздел собственности по соглашению сторон действителен, однако казий не может предписать его. Существует и другое дошедшее до нас мнение Абу Ханифы, что раздел узуфрукта вышеуказанным способом вообще недействителен, будет ли он предписан казием или совершен по взаимному согласию, ибо это представлялось бы продажей жительствова в одном доме за жительство в другом, что незаконно, как было показано при изложении учения о найме. Другое дело — раздел собствен-

ности над двумя домами, ибо продажа части одного дома за часть другого законна. Доводы в пользу мнения, приведенного в «Захири-Риваяте», состоят в том, что так как разница между узуфруктом над одним и над другим домом незначительна, то вышеупомянутый раздел представляется разъединением и потому законен, если совершается по взаимному согласию сторон, и может быть предписан казием. Напротив, разница между существом домов может быть значительна и потому раздел собственности над ними вышеописанным способом представляется обменом и, следовательно, может быть совершен по соглашению сторон, но не предписан казием.

Или двумя четвероногими животными. Если учинен раздел узуфрукта относительно двух четвероногих животных так, чтобы один соучастник пользовался верховой ездой на одном животном, другой — на другом, то такое соглашение, по Абу Ханифе, недействительно. По мнению обоих учеников, оно действительно, так как раздел собственности, совершенный таким образом, действителен; а раздел узуфрукта есть лишь вид раздела собственности. Доводы Абу Ханифы заключаются в том, что есть разница в пользовании и в езде на одном или на другом животном ввиду различия между всадниками, так как некоторые искусны в верховой езде, а другие не искусны. То же разногласие существует относительно раздела узуфрукта над одним животным путем соглашения о поочередном пользовании, в противоположность случаю с рабом, ибо раб имеет собственный разум и не допустит навьючения большей тяжести, чем он в состоянии поднять, между тем как животное должно подчиниться.

Раздел пользования домом может быть осуществлен путем попеременной отдачи его внаем каждою стороною. Если производится раздел доходов дома так, чтобы один соучастник отдал его внаем на один или на два месяца и пользовался наемною платою и чтобы затем другой соучастник таким же образом отдал дом внаем и пользовался наемною платою, то такой раздел действителен, по «Захири-Риваяту», но подобное же соглашение относительно раба или животного недействительно. Основание этого различия состоит в том, что в случае с рабом или животным равенство отдельных долей, составляющее необходимое условие, теряется, между тем как в случае с домом оно сохраняется, ибо рабы и животные меняются и терпят ущерб вследствие тяжелой работы и от времени, и возможно, что наемная плата за них во вторую очередь будет менее, чем в первую; между тем как относительно дома можно предположить, что он и во вторую очередь остается таким же, каким был в первую, и что наемная плата будет одинакова.

Причем случайный излишек наемной платы подлежит разделу между ними в равных частях. Если случится, что наемная плата за дом в очередь одного соучастника будет больше, чем в очередь другого, то излишек или разница между наемными платами подлежат разделу между обоими так, чтобы между ними было полное равенство. Если они разделили пользование домом и он затем принесет в одну очередь больший доход, чем в другую, то равенство уже было соблюдено в том, что составляет предмет раздела (именно — в пользовании), и излишек дохода, полученного взамен пользования, не имеет значения, так как часто случается, что две вещи совершенно равны, а между тем доход, принесенный одною, больше дохода, принесенного другою.

В случае раздела дохода от двух домов ни одна сторона не обязана возмещать другой полученный ею излишек дохода. Раздел дохода от двух домов так же законен, по «Захири-Риваяту», по тем же основаниям, как и раздел дохода от одного дома. Если, однако, один дом принесет больший доход, чем другой, излишек не принадлежит обоим соучастникам. Основание этого различия заключается в том, что когда делится доход от двух домов, то основным принципом является разъединение. Так как каждый соучастник пользуется одновременно доходом от своего отдельного дома, то отсюда следует, что каждый получает совокупность принадлежащих ему прав, не оставляя ничего в доле другого соучастника; между тем как в разделе узуфрукта над одним домом соучастники пользуются доходом по очереди (то есть один получает доход в течение одного месяца, а другой — в течение другого) и потому можно сказать, что они поочередно ссужают друг другу свою долю дохода: соучастник, пользующийся доходом во второй месяц, ссужает тому, кто пользуется в первый месяц, свою долю или половину дохода от дома в течение первого месяца, и наоборот. Можно также сказать, что каждый во время своего пользования действует в качестве представителя другого, получая его долю, и когда при получении другим своей доли из дохода второго месяца окажется излишек, то таковой делится между ними; но если, напротив, он не в состоянии покрыть весь размер своей ссуды из доходов второго месяца (которые были ниже доходов первого месяца), то излишек, оказавшийся на стороне соучастника, пользовавшегося в течение первого месяца, подлежит разделу между ними, чтобы достигнуто было полное равенство.

Случай раздела дохода от двух рабов. По мнению обоих учеников, раздел наемной платы за двух рабов, учиненный так, как показано выше, законен, как и раздел услуг и пользования двумя рабами. Абу Ханифа утверждает, что такой раздел недействителен, ибо разница между двумя рабами значительнее разницы между одним и тем же рабом в различное время. Так как, сверх того, раздел заработка одного раба, требуемый по очереди, недействителен, то отсюда следует, что тем более недействителен раздел заработка, приобретенного двумя рабами. Кроме того, раздел услуг и пользования рабами допускается по необходимости, так как сами рабы неделимы; но в этом нет необходимости в случае найма рабов, так как наемная плата делима. Притом в отношении услуг не требуется точного определения, между тем как в случае найма (представляющегося денежной сделкою) требуется точность. Таким образом, между обоими случаями нет аналогии.

Раздел дохода от двух четвероногих животных. Раздел узуфрукта относительно наемной платы за двух четвероногих недействителен, по Абу Ханифе, в противоположность мнению двух учеников. Доводы, приводимые с обеих сторон, те же самые, которые выставлялись относительно раздела пользования или услуг одного четвероногого.

Раздел узуфрукта относительно плодов не может иметь места. Если два соучастника учиняют раздел узуфрукта относительно финиковой плантации или фруктового сада так, чтобы каждый получил часть, возделывал ее и пользовался произведениями ее; или если они учиняют раздел узуфрукта относительно стада коз так, чтобы каждый взял известное число их, кормил и пользовался от них молоком, то ни один

из этих разделов узуфрукта не действителен. Раздел узуфрукта относительно пользования, так же, как и раздел узуфрукта относительно услуг, допускается лишь по необходимости, взамен раздела невещественных и потому неделимых отношений; но в рассматриваемом случае плоды и молоко, однажды произведенные, делимы, так как существуют материально, и потому здесь нет необходимости. Обход этого запрещения возможен таким образом, чтобы один из соучастников продал свою долю другому, который и пользуется сперва плодами и молоком, а затем, когда наступит очередь, первый снова покупает целое и, в свою очередь, пользуется плодами и молоком. Или один может пользоваться произведениями доли другого в виде ссуды и удостоверить количество таковых, ибо ссуда неопределенного предмета представляется законною.

КНИГА XL

О МУЗАРИИ, ИЛИ ДОГОВОРЕ ВОЗДЕЛЫВАНИЯ

Определение термина. Музарии на языке закона означает договор между собственником земли и возделывателем ее, в силу которого все произведения земли должны принадлежать обоим в пропорции, указанной в договоре.

Различие мнений относительно договоров возделывания. Договор возделывания, по Абу Ханифе, недействителен. Оба ученика утверждают, что он действителен. Сохранилось предание, что Пророк вступил в такой договор с жителями Хибира, причем было постановлено, что они будут обрабатывать сады и земли Хибира и пользоваться половиною плодов и хлеба, а другую половину отдавать ему. Кроме того, договор возделывания фактически представляется договором товарищества относительно капитала и труда, так что произведения земли делятся между обеими сторонами, из которых одна есть собственник земли, а другая — возделыватель ее. Этот договор действителен вследствие аналогии с договором музарабата. Договоры музарабата действительны вследствие удобства их. Часто случается, что люди, владеющие имуществом, не способны к торговле и работе, и наоборот, способные к сему не имеют имущества, поэтому представляется выгодным, чтобы между ними был заключен договор музарабата, посредством которого удовлетворяются желания тех и других. Так как те же самые основания существуют и в отношении договоров возделывания, то они так же действительны, как и договоры музарабата. Другое дело, когда одно лицо дает другому коз, живность или шелковичных червей для присмотра за ними с тем, чтобы присматривающий получил половину их произведений, а собственник — другую половину. Это не одобряется. Так как заботы и труд присматривающего не создают произведения, то товарищество недостаточно установлено. Доводы Абу Ханифы в подкрепление его мнения — троякого рода. Во-первых, Пророк положительно воспретил мухаберу, которое на мединском наречии означает то же самое, что музарии, именно — договор возделывания. Во-вторых, заключить договор возделывания значит нанять рабочего за часть предмета, составляющего произведение его труда; поэтому договор фактически представляется кафиз-тахином и так же, как этот, незаконен. (Тахин означает мельника, занимающегося молотьем пшеницы, а кафиз есть мера сыпучих тел; посему кафиз-тахин значит нанимать лицо для перемола пшеницы в муку с предоставлением в виде наемной платы части муки). В-третьих, размер наемной платы не определен, когда получится какая-либо жатва, и ее совершенно

не будет, когда жатвы не окажется; в обоих случаях наем недействителен. Что касается сделки между Пророком и жителями Хибира, то это не был договор возделывания, а соглашение это носило скорее характер дани, уплата которой была смягчена по снисхождению или по мировой сделке. Так как договоры возделывания считаются Абу Ханифой недействительными, то отсюда следует, что когда работник оросит, обработает и произведет посев на земле, и она все-таки окажется неплодородною, то он имеет право на обычное вознаграждение сообразно его труду, ибо договор возделывания фактически представляется недействительным наймом. Это в том случае, когда посеянное зерно доставлено собственником земли; если зерно доставлено возделывателем, то он обязан уплатить арендную плату за землю в обычном размере; и если в обоих случаях будет получена жатва, то она принадлежит тому, кто доставил зерно, так как составляет приращение к его имуществу; а другой, если это возделыватель, имеет право на наемную плату, соответствующую его труду; а если это собственник земли — на соответствующую арендную плату за землю. Однако в наше время в судах следуют учению обоих учеников: как потому, что договоры возделывания выгодны, так и потому, что они вошли в общее употребление.

Договоры эти требуют, чтобы земля была годна к обработке. Следующие условия существенны для действительности договора возделывания. I. Чтобы земля была годна к обработке, ибо иначе цель договора не может быть осуществлена.

Чтобы стороны имели надлежащую правоспособность. II. Чтобы собственник земли и возделыватель имели правоспособность к совершению такого договора, то есть чтобы оба имели здравый ум, надлежащий возраст и были опытны в таких договорах. Без этих условий ни один договор не может быть признан действительным.

Чтобы выражен был срок действия договора. III. Чтобы время действия или срок был указан, ибо такой договор имеет характер соглашения или относительно пользования землею (когда возделыватель доставляет зерно), или относительно пользования трудом (когда зерно доставляется собственником земли); но определенное пользование тем или другим может быть установлено лишь путем указания времени действия договора.

Чтобы была указана сторона, обязанная доставить зерно. IV. Чтобы было положительно указано, кем должно быть доставлено зерно, чтобы можно было установить основание договора; другими словами, чтобы было известно, имеет ли он в своем основании пользование землею, и чтобы не было никаких поводов к спорам.

Чтобы была указана доля другой стороны. V. Чтобы доля стороны, не доставляющей зерно, была указана, ибо вследствие договора она имеет право на известную долю; и требуется, чтобы размер ее был определен, так как неизвестная вещь не может быть установлена договором, хотя бы в нем была выговорена доля участия в общих выражениях.

Чтобы земля была передана возделывателю. VI. Чтобы собственник земли передал ее возделывателю для обработки и сам воздерживался от распоряжения и пользования ею; так что, если в договоре возделывания выговорено, чтобы и он распоряжался землею, то договор ничтожен ввиду недействительности такого условия.

Чтобы обе стороны имели участие в произведениях земли. VII. Чтобы обе стороны имели часть в произведениях земли по окончании жатвы, ибо договор возделывания в окончательном выводе представляется договором товарищества, ввиду чего всякое условие, не согласное с товариществом, лишает договор силы. (Например, если определенное количество произведений выговорено в пользу одной стороны, то договор недействителен; так как неизвестно, получится ли такое количество произведений, то товарищество нарушается).

И чтобы был упомянут род зерна. VIII. Чтобы был упомянут род зерна, например, пшеница, ячмень и т.д., чтобы известно было, каким зерном должна быть уплачена наемная плата возделывателя.

Действительны четыре рода договоров возделывания. Договоры возделывания (по учению обоих учеников) бывают четырех различных родов.

I. Когда земля и зерно доставляются одним, а скот и труд — другим. Скот рассматривается как орудие труда, и потому этот случай подобен тому, когда кто-либо нанимает портного, чтобы он сшил ему платье своею иглою.

II. Когда только земля доставляется одним, а труд, зерно и скот — другим. В этом случае возделыватель арендовал землю за известную часть ее произведений, и потому сделка эта действительна так же, как если бы он арендовал землю за известное число дарагимов.

III. Когда земля, зерно и скот доставляются одним, а труд — другим. В этом случае собственник земли нанимает работника для работ с его (наемщика) орудиями; следовательно, случай этот аналогичен с тем, когда кто-либо нанимает портного сшить платье его (наемщика) иглою или когда кто-либо нанимает работника вырыть ров его (наемщика) заступом.

IV. Когда земля и скот доставляются одною стороною, а зерно и труд — другою. По «Захири-Риваяту», это недействительно, но, по сохранившемуся мнению Абу Юсуфа, это действительно. Если бы было условлено, чтобы скот и зерно были доставлены собственником земли, то это было бы действительно, и также действительно, если он доставляет только скот, ибо фактически это то же самое, как если бы скот был доставлен возделывателем. Доводы, на которых основано приведенное в «Захири-Риваяте» мнение, заключаются в том, что пользование скотом разнится от пользования землею. Пользование землею основано на присущей почве силе, производящей растительность, между тем как пользование скотом основано на его способности к труду. И так как оба эти основания неоднородны, то пользование скотом нельзя считать принадлежностью пользования землею. Другое дело, когда скот доставляется возделывателем, ибо пользование скотом и трудом возделывателя однородно, так как произведение земли есть результат труда обоих.

И два рода этих договоров недействительны. Здесь следует заметить, что, кроме перечисленных четырех родов договоров возделывания, существует еще два рода этих договоров, которые, однако, недействительны.

I. Когда условлено, чтобы зерно было доставлено одною из сторон, а земля, труд и скот — другою, каковое условие недействительно ввиду отсутствия шестого из вышеупомянутых условий действительности договора возделывания.

II. Когда условлено, чтобы зерно и скот были доставлены одною стороною, а земля и труд — другою, что равным образом недействительно по тем же соображениям.

В обоих этих случаях произведения земли, по одному мнению¹, принадлежат тому, кто доставил зерно, по тому же принципу, по которому они принадлежат ему во всех других случаях недействительных договоров возделывания. Но, по другому мнению², произведения земли принадлежат собственнику ее, и посему он является как бы простым заемщиком зерна, которое поступило в его владение путем засева его земли.

Время действия этих договоров должно быть известно, и произведения должны быть разделены между сторонами в известной пропорции. Договоры возделывания недействительны, если продолжительность действия их неизвестна и если произведения земли не распределены между сторонами в известной пропорции (каковы треть, четверть и т.д.), для того чтобы между ними было установлено товарищество. Посему, если условлено, чтобы каждая сторона получила известное число мер зерна из произведений земли, то договор ничтожен, так как товарищество нарушено (другими словами, не установлено), ибо возможно, что земля произведет не более того, что по договору приходится на долю одной стороны. Случай этот подобен тому, когда два лица заключают договор музарабата, в котором выговорено, что одна сторона получает известное число дарагимов.

Договоры возделывания недействительны, когда условлено, чтобы тот, кто доставляет зерно, получил одинаковое количество зерна из произведений земли и чтобы остальное зерно было разделено между сторонами. В случае, если произведения земли превысят количество посева, то условие такого рода нарушает товарищество относительно этого количества зерна; если же произведения земли не превысят количества посева, то товарищество нарушится по отношению к целому. Условие этого рода подобно тому, когда стороны соглашаются относительно оброчной земли, чтобы остаток произведений был разделен за вычетом оброка. Другое дело, когда два лица соглашаются, чтобы одна десятая произведений досталась одной из сторон и чтобы остальное было разделено между обеими; условие этого рода не нарушает товарищества, так как остальные девять десятых продолжают подлежать разделу между сторонами, ввиду чего такое соглашение подобно условию относительно земли, подлежащей десятине, чтобы после вычета десятины остаток был разделен между сторонами.

Договор возделывания недействителен, когда условлено, чтобы все, выросшее на определенном месте (например, на берегу речки), принадлежало одной из сторон и чтобы остаток произведений всей земли был разделен между обеими. Такое соглашение нарушает товарищество, так как возможно, что, кроме как на указанном определенном месте, ничего не вырастет. Равным образом недействителен договор, когда условлено, чтобы произведения одного участка земли принадлежали одной стороне, а произведения другого участка — другой.

¹ Вышеприведенному мнению Абу Ханифы.

² По мнению обоих учеников.

Договор возделывания недействителен также, когда выговорено, чтобы одна сторона получила солому, а другая — зерно, ибо возможно, что ничего, кроме соломы, не вырастет. Договор одинаково недействителен, если условлено, чтобы солома стала общею их собственностью, а зерно принадлежало одной из них, ибо здесь не устанавливается товарищества относительно зерна, составляющего главную цель возделывания.

Когда упомянуто одно зерно, то солома достается тому, кто доставил семена. Если в договоре возделывания условлено, чтобы зерно было разделено в равных частях между сторонами, а о соломе не упомянуто, то договор все-таки действителен, так как товарищество установлено в отношении предмета, составляющего главную цель возделывания; и в этом случае солома принадлежит тому, кто доставил семена, так как солома составляет их произведение. (Балхские шейхи того мнения, что и солома подлежит разделу между сторонами в равных частях: таков обычай, когда о соломе не упомянуто; и так как солома находится в зависимости от зерна, то она, подобно зерну, должна составлять общую собственность).

И может быть условлено, чтобы солома досталась ему. Если условлено, чтобы зерно было разделено поровну и солома досталась тому, кто доставил семена, то это действительно; ибо это согласно с духом договоров возделывания.

Но не может быть условлено, чтобы она досталась другому. Если, напротив, условлено, чтобы солома досталась тому, который не доставил семян, то это недействительно, ибо такое условие нарушает товарищество в случае, если ничего, кроме соломы, не вырастет. Разница между этими двумя случаями та, что лицо, не доставившее семян, не имеет другого права на солому, кроме предоставленного ему договором; между тем как тот, кто доставил семена, имеет на солому право, основанное на том, что она есть произведение его семян. Выговорил ли он себе право на солому или нет, право его одинаково сильно.

Произведения земли распределяются согласно условию, и если ничего не уродится, то возделыватель не вправе ничего требовать. Когда договор возделывания действителен, то произведения земли составляют общую собственность сторон в той пропорции, которая установлена договором, например, половина, треть и т.д. Если, напротив, ничего не уродится, то возделыватель не имеет права на что-либо. Другое дело, когда договор возделывания недействителен: в этом случае обязанность уплатить соответствующую наемную плату ложится на личность (одной из сторон), а не на произведения земли, а лицо не освобождается от обязанности вследствие отсутствия урожая.

Когда договор возделывания окажется недействительным, то произведения земли достаются той стороне, которая доставила семена. Когда договор возделывания окажется недействительным, то урожай принадлежит тому, кто доставил семена. Другой не имеет права на урожай, если о том не постановлено положительно в договоре; а когда последний оказывается недействительным, то отсюда следует, что весь урожай принадлежит лицу, доставившему семена.

Другая сторона, если это возделыватель, получает жалованье, размер которого не должен превышать того вознаграждения, на которое он имел бы право при существова-

нии договора. Когда семена доставлены собственником земли, возделыватель имеет право на соответствующую наемную плату за труд, если только она не превышает того, что он получил бы по договору, ибо, вступив в такой договор, он согласился отказаться от своего права на излишек. Таков закон в изложении обоих старших. Имам Мухаммад утверждает, что он имеет право на соответствующую наемную плату в каком бы то ни было размере. Так как собственник земли воспользовался его услугами на основании недействительного договора, то он, следовательно, ответствен за стоимость этих услуг, которые не принадлежат к числу заменимых предметов.

Или, если это собственник земли, соответствующую арендную плату. Если семена доставлены возделывателем, то собственник земли получает соответствующую арендную плату независимо от того, получился ли какой-либо урожай или нет. Это основано на том, что, так как возделыватель получил пользование землею на основании недействительного договора, то он должен возратить само пользование. Но это невозможно, и пользование не может быть заменено подобным ему предметом; следовательно, он обязан учинить вознаграждение в виде уплаты стоимости в размере, не превышающем того, что другой получил бы по договору. Таково учение двух старших. Имам Мухаммад того мнения, что он должен уплатить эквивалент в каком бы то ни было размере.

А также соответственную наемную плату за скот, если таковой доставлен им. Если скот доставлен собственником земли, то, когда договор (по «Захири-Риваяту») станет недействительным, возделыватель обязан уплатить соответственную плату как за скот, так и за землю; и это, конечно, справедливо, так как и скот включен в договор найма (ибо фактически договор возделывания представляется договором найма); а пользование скотом и пользование землею суть пользования разного рода.

Если урожай таким способом достается собственнику, то он может взять весь урожай; если же возделывателю, то он должен употребить излишек на благотворительные дела. Когда собственник земли вследствие доставления семян имеет право на урожай, то он может, если договор окажется недействительным, законно воспользоваться всем урожаем. Если, напротив, возделыватель вследствие доставления семян имеет право на урожай, то он может удержать количество, равное доставленным семенам, также количество, равноценное арендной плате землевладельцу, а остальной урожай должен употребить на благотворительные дела. Произведения земли исходят из семени, но произрастают из земли, ввиду чего его право пользоваться землею недействительно; а так как недействительность в отношении права пользования производит изъян в отношении права на произведения, то отсюда следует, что то, что он удерживает как вознаграждение, законно, а все остальное должно быть употреблено на милостыню.

Сторона, которая согласилась доставить семена, может отказаться от посева. Когда два лица вступают в договор возделывания и тот, кто должен был доставить семена, впоследствии откажется до посева, то казий не должен заставлять его исполнить договор, потому что он не может исполнить его, не потерпев непосредственного ущерба вследствие посева его семян. Если, напротив, отступится сторона, не обязанная доставить семена, то казий может принудить ее к исполнению договора, ибо, поступая таким образом, она не терпит ущерба; а договоры возделывания, подобно дого-

ворам найма, обязательны, если не приводятся возражения, достаточные для расторжения договоров найма; в этом случае договор возделывания также расторгается.

И если собственник земли таким образом откажется, то возделыватель не имеет права на что-либо. Если собственник земли, будучи обязан доставить семена, откажется после того, как возделыватель обработал землю, то последний не имеет права на вознаграждение за исполненную работу. Некоторые, однако, того мнения, что, хотя с точки зрения закона возделыватель не имеет права на вознаграждение, однако по совести собственник земли обязан вознаградить возделывателя за исполненную им работу, так как он был введен в заблуждение.

Договор прекращается смертью одной из сторон. Когда одна из сторон умрет, то договор возделывания, подобно договору найма, прекращается.

Если собственник земли умрет, когда посеянное обнаружится, то договор прекращается к концу года. Если кто-либо сдаст участок земли на три года, а затем (когда посеянное в первый год начнет произрастать, но еще не созрело для жатвы) умрет, то земля остается в руках возделывателя, пока посеянное не созреет для жатвы; урожай делится согласно договору, а в отношении дальнейших двух лет договор прекращается. По аналогии следовало бы, чтобы он прекратился и в первый год, так как продолжительность договора зависит от жизни сторон; но действие его продолжается в течение первого года ради предохранения прав обеих сторон (то есть возделывателя и наследников землевладельца), ибо, если бы договор прекратился, то возделыватель понес бы убыток. Другое дело — относительно второго и третьего года: вследствие прекращения договора на эти года возделыватель не терпит никакого убытка, и посему действие договора прекращается согласно аналогии.

Но если он умрет раньше, договор прекращается непосредственно. Если собственник земли умрет после того, как возделыватель вспахал землю и провел рвы для орошения ее, но до начала произрастания посева, то договор прекращается, потому что прекращение его не вредит собственности возделывателя. (Другое дело, когда собственник земли умрет после того, как посеянное начнет произрастать в виде травы; в этом случае договор не прекращается, так как иначе возделыватель потерпел бы ущерб в своем имуществе). Возделыватель не имеет права на вознаграждение за свой труд, потому что пользование личными услугами может быть оценено только по договору; а когда договор прекращается, то не остается и оценка услуг.

Собственник земли может расторгнуть договор с целью продать землю для платежа своих долгов. Собственник земли может расторгнуть договор, если ему представится случай продать землю для платежа лежащих на нем значительных долгов; это составляет законный повод, которым он может воспользоваться так же, как и при найме. И в этом случае возделыватель не имеет права требовать от него вознаграждения за издержки по возделыванию или орошению земли, потому что услуги подлежат оценке лишь по договору; а так как оценка услуг основана была на предположении снятия жатвы, то отсюда следует, что ввиду неосуществления этого предположения возделыватель не имеет права на вознаграждение.

Но если посеянное начало расти, то продажа должна быть отсрочена, пока посев не созреет для жатвы. Если, однако, посеянное начало расти, хотя еще не созрело, то

земля не подлежит продаже для уплаты долгов собственника, пока зерно не созреет для жатвы.³ Если бы земля была продана при таких обстоятельствах, то это нанесло бы вред правам возделывателя; между тем как отсрочка продажи до жатвы причинит лишь незначительное промедление в уплате долгов собственника, что составляет меньшее из двух зол. В этом случае казий должен также освободить собственника, если он был подвергнут заключению за долги; так как незаконно тотчас же продать землю, то собственник, отсрочивая платеж долгов, не виновен в несправедливом деянии; а лишение свободы составляет возмездие за несправедливость.

Правила относительно случая, когда договор прекращается до созревания посева. Если срок договора возделывания наступит до времени жатвы, то возделыватель должен уплатить собственнику земли арендную плату за его (возделывателя) часть земли, пока посев не созреет; и в то же время вся работа по снятию урожая должна быть совершена обеими сторонами пропорционально доле участия каждой. Это основано на том, что продолжение действия договора и платеж аренды имеют место в интересах обеих сторон, ради которых необходимо, чтобы действие договора было продолжено; необходимо также, чтобы обе стороны участвовали пропорционально своим долям в труде и издержках; потому что срок договора, в который они вступили, наступил, и посев остается их общей собственностью, а в случаях общей собственности труд обязателен для обеих сторон так же, как и содержание общего раба. (Другое дело, когда собственник земли умрет, пока посев еще зелен: в этом случае возделыватель обязан исполнить всю необходимую работу, потому что действие договора продолжается до истечения срока и договор обязывает возделывателя принять на себя всю тягость труда; между тем как в случае истечения срока договора он более не обязателен, и потому возделыватель один не обязан исполнить работу). Если одна из сторон произведет какой-либо расход после наступления срока, не посоветовавшись с другою стороною или без предписания казия, то она сама должна нести этот расход, так как не имела права налагать на другую сторону какие-либо расходы.

Если в вышеприведенном примере собственник земли пожелает взять посев (хотя еще зеленый) после наступления срока договора, то не следует разрешать ему этого, так как это причинило бы ущерб возделывателю. Если, напротив, при таких же обстоятельствах возделыватель пожелал бы принять зеленый посев, то собственник земли имеет право выбора между тремя вещами: он может или выдернуть посев и разделить его, или взять себе весь посев и дать возделывателю вознаграждение, соответствующее его доле, или позаботиться о посеве, пока он не созреет: в этом случае он может вычесть из доли возделывателя понесенные им расходы. Если бы возделыватель пожелал отказаться от работы при наступлении срока договора, то его нельзя принудить, так как действие договора продолжено ради его выгоды, от которой он сам отказывается, а собственнику земли не причиняется никакого ущерба, так как он имеет право выбора между тремя способами, каждым из которых устраняется ущерб.

Если умрет возделыватель, то его наследники могут продолжать обработку, но не имеют права на вознаграждение. Если возделыватель умрет после того, как посев начал расти, и его наследники предложат продолжать обработку, пока посев не созреет, а собственник земли не согласится, то они, тем не менее, вправе продолжать об-

работку, так как собственник земли от того не терпит никакого ущерба; но они не имеют права на наемную плату или жалованье, так как договор продолжается ради их выгоды. Если, напротив, наследники пожелают выдернуть посев, а не продолжать обработку, то они не могут быть принуждены к продолжению обработки, но собственник земли имеет право выбора между тремя вышеуказанными способами.

Случайные расходы ложатся на стороны пропорционально их доле участия. Расходы по снятию урожая, сложению их в скирды, молотье и очистке зерна от соломы ложатся на обе стороны пропорционально их доле участия. Если бы в договоре было условлено, чтобы расходы падали только на одну сторону, то договор был бы недействителен. Словом, все вышеуказанные издержки должны падать на обе стороны пропорционально их долям участия, а не на одну из них. Когда посеянное созрело, то вследствие достижения цели договора сам договор прекращается; и так как урожай остается общею собственностью сторон и между ними не остается договора или соглашения, то отсюда следует, что все расходы, которые могут затем понадобиться относительно их общей собственности, должны падать на обе стороны. Если стороны условились, чтобы эти издержки падали только на одну из них, то такое условие не согласно с духом договора, так как клонится к выгоде одной стороны в ущерб другой; а все такого рода условия обессиливают сам договор таким же образом, как и условие, по которому возделыватель обязывается перевезти зерно или перемолоть его в муку. Абу Юсуф, однако, того мнения, что если стороны согласятся, чтобы вышеуказанные операции падали на возделывателя, то это законно в силу обычая. Балхские ученые согласны с этим мнением, а Шамсуль-Аимма замечает, что это учение согласно с источниками и что ему следуют в его стране.

Общие правила при договорах возделывания. Словом, всякая земледельческая операция, предшествующая созреванию посева (орошение земли, охрана посева), ложится на возделывателя, а всякая последующая операция до раздела (снятие жатвы и т.д.) ложится в равных частях на обе стороны; наконец, всякая операция, необходимая после раздела (перевозка, охрана и т.д.), падает в отдельности на каждую сторону в отношении ее доли.

И садоводства. Предшествующее правило применяется также к случаям мусаката, или договоров садоводства, то есть все операции до созревания плодов (орошение, прививка и охрана деревьев) ложатся на обязанность садовника, а все последующие операции (сбор плодов и охрана их до раздела) — на обязанность обеих сторон. Посему, если стороны условятся, что труд собирания плодов пал на садовника, то это, по мнению всех наших ученых, не одобряется как не согласно с обычаем; и все операции после раздела должны быть совершены каждою из сторон относительно своей части.

Если в договорах возделывания стороны пожелают снять незрелый еще посев или, в договоре садоводства, сорвать финики, пока они еще кислы и сыры, то труд по этим операциям падает на обе стороны, потому что намерение и желание совершить эти операции прекращают договор таким же образом, как если бы посев или финики созрели.

КНИГА XLII

О МУСАКАТЕ, ИЛИ ДОГОВОРАХ САДОВОДСТВА¹

Природа договоров садоводства. Мусакат на языке закона означает договор, заключенный двумя лицами, в силу которого одно лицо обязуется передать другому свои плодовые деревья с тем, чтобы оно ухаживало за ними и чтобы все, что уродится, принадлежало им обоим в пропорции половины, одной трети и т.д., смотря по условию. Абу Ханифа утверждает, что договор садоводства, по которому урожай делится в известной пропорции, например, в половине, одной трети и т.д., недействителен. Напротив, оба ученика утверждают, что такой договор действителен, если только в нем указан срок действия; и это мнение общепринято. Следует заметить, что договоры садоводства, наравне с мусакат, часто называются муамилат и что к ним применимы те же правила, как и к договорам возделывания.

Учение имама Шафии по этому предмету. Имам Шафии того мнения, что договоры садоводства и возделывания действительны только тогда, когда последние поставлены в зависимость от первых; как, например, когда плодовые деревья растут на плодородной орошаемой почве и собственник их разрешит возделывателю сделать посев на этой земле с тем, чтобы получить часть урожая. Мнение свое он основывает на том, что в основании отношений лежит договор музарабата, с которым договор садоводства имеет большее сходство, чем договор возделывания. Как в договорах садоводства товарищество имеет место относительно произведений, а не относительно главной вещи (именно — деревьев), так в договорах музарабата товарищество имеет место относительно произведений или прибыли, а не относительно главной вещи или капитала; между тем в договорах возделывания, если бы было условлено, что товарищество относится к произведениям, а не к главной вещи (семенам), другими словами, если бы стороны согласились, чтобы та, которая доставила семена, получила равное количество зерна из урожая и чтобы остаток принадлежал обоим сторонам, то договор был бы недействителен. Так как договоры садоводства имеют большее сходство с музарабатом, чем договоры возделывания, то отсюда следует, что договоры эти составляют главный предмет и что договоры возделывания закон-

¹ Договоры эти в особенности имеют предметом посадку и уход за финиковыми и другими плодовыми деревьями.

ны лишь в качестве зависящих от них договоров, подобно праву черпать воду, которое не может быть продано независимо от продажи земли, или подобно движимой вещи (например, домашней мебели), которая не может быть предоставлена отдельно в виде вакуфа, но предоставляется вместе с домом или землей, на которой стоит¹.

Аналогия требует определения срока, но это несущественно. Определение срока требуется в договорах садоводства, как и в договорах возделывания, ибо они в сущности — договоры найма. Согласно более благоприятному толкованию договоры садоводства действительны, однако без определения срока. Так, если два лица вступают в договор, по которому одно соглашается передать другому свои финиковые деревья, которые он должен орошать и питать, пока они не дадут плодов, и при этом не установлено определенного срока (например, год и т.п.), договор, тем не менее, действителен и остается в силе относительно первых уродившихся плодов, ибо срок созревания плодов известен и редко разнится значительно. Равным образом, когда два лица вступают в договор и соглашаются в том, что одно передаст другому кусты, посаженные в землю², а другое будет ухаживать за ними, пока они не дадут спелых семян, подлежащих разделу между обоими, при этом не будет установлено срока, то договор, тем не менее, действителен и имеет силу относительно первых созревших семян. Так как семена принадлежат к тому же роду, как и плоды, и время их созревания также известно, то нет необходимости в указании определенного срока. Напротив, договоры возделывания недействительны, если в них не установлено срока действия, потому что время начала посева значительно разнится (посев производится осенью, зимою или весною); а ввиду такой разницы в начале посева срок окончания договора возделывания не может быть известен, потому что окончание зависит от начала.

За исключением случая, когда деревья только что посажены. Другое дело, когда в договоре садоводства одно лицо передает другому свои молодые, недавно посаженные деревья. В этом случае договор недействителен, если не установлен срок, так как представляется совершенно неизвестным, когда деревья начнут давать плоды, что зависит от свойств и плодородия почвы.

Или когда продолжительность договора поставлена в зависимость от времени существования деревьев и т.п. Другое также дело, когда одно лицо передает другому свой финиковый сад или свои кустарные растения для ухода за ними, пока деревья не засохнут или корни не будут выдернуты, чем прекратится их существование, или когда вообще не будет указан срок продолжительности договора относительно кустарников. В этом случае договор недействителен ввиду неопределенности времени его действия, так как кустарники растут до тех пор, пока корни их остаются в почве.

¹ Кажется, что это мнение имама Шафии приведено здесь только для разъяснения предмета, так как оно не противопоставляется другим мнениям, и на практике учение его редко применяется последователями Али.

² Что означает такие растения, которые, будучи посажены, дают семена каждый год.

Указание слишком короткого срока делает договор недействительным. Когда стороны, заключая договор садоводства, устанавливают срок, в течение которого деревья не могут принести плодов, то договор недействителен, потому что этим нарушается цель договора — товарищество в произведениях деревьев.

Если не представляется возможным, что в течение этого периода деревья принесут плоды. Если стороны установят срок действия договора, в течение которого деревья могут принести плоды, хотя они часто дают плоды позже, то это действительно, потому что в этом случае нельзя с достоверностью сказать, что цель договора нарушена. Посему, если деревья принесут плоды в течение указанного срока, то последние принадлежат обеим сторонам в установленной договором пропорции; или, если они не дадут плодов до истечения срока договора, то садовник имеет право на соответствующее вознаграждение за свой труд, потому что договор не имеет силы вследствие ошибки сторон, установивших слишком короткий срок для того, чтобы деревья могли принести плоды, что делает его недействительным так же, как если бы с самого начала было известно, что срок слишком короток. Другое, однако, дело, когда деревья и после того не дадут плодов. В этом случае предполагается, что причина тому — утренники, а не краткость срока, делающая договор недействительным, поэтому договор остается в силе и ни одна из сторон не вправе требовать чего-либо от другой.

Договор действителен относительно плодовых деревьев, виноградников, трав и корней. Договоры садоводства законны относительно финиковых деревьев, виноградников и т.п., а также относительно трав и корней. По первому мнению имама Шафии, они действительны только относительно финиковых деревьев и виноградников, потому что действительность таких договоров основана на изречении Пророка относительно Хибира, касающегося только упомянутых растений. Наши ученые доказывают, что действительность этих договоров основана на их полезности, следовательно, относится и к другим растениям. Что же касается мнения имама Шафии, то следует заметить, что изречение Корана относительно Хибира не должно быть толкуемо столь ограничительно, так как жители этой страны возделывали все роды деревьев и трав.

Договор не может быть расторгнут одной из сторон без надлежащего повода. Собственник виноградника не может расторгнуть договор, если не имеет надлежащего повода к подобному действию, например, требование его кредиторов поступить таким образом. Равно садовник не может прекратить работу и этим расторгнуть договор без надлежащего повода, какова, например, болезнь. Другое дело — в договорах возделывания: в них сторона, доставившая семена, вправе расторгнуть договор в любое время до посева.

Договор может быть заключен, пока плоды еще зелены, но не тогда, когда они уже созрели. Если два лица вступают в договор садоводства и постановляют, что одно передаст другому свой финиковый сад в такое время, когда плоды уже показались, но еще очень малы и могут при орошении и надлежащем уходе дозреть, то договор действителен; между тем как, если бы плоды уже вполне созрели и не могли улучшиться при уходе, то договор был бы недействителен. Равным образом, когда два лица вступают в договор возделывания, по которому одно обязуется передать другому свой

посев, еще зеленый и не готовый к жатве, то договор действителен; между тем как, если посев поспел к жатве, договор недействителен. Это основано на том, что работник имеет право на долю произведений за свой труд; но если бы договор имел силу, когда труд его не может произвести никакого действия, то он имел бы право на долю в произведениях без труда; а это не допускается законом.

Если договор недействителен, то садовник имеет право на жалованье. Когда договоры садоводства недействительны, то садовник имеет право на соответствующее жалованье, так как недействительный договор садоводства равносителен недействительному договору найма и потому имеет сходство с недействительным договором возделывания.

Договор прекращается смертью одной из сторон. Правила на случай смерти собственника. Если при договоре садоводства одна из сторон умрет, то договор прекращается, потому что в сущности это есть договор найма.

Если собственник фруктового сада умрет, пока плоды еще зелены, то садовник может продолжать свой труд, несмотря на несогласие наследников. (Это основано на благоприятном толковании, ибо, продолжая действие договора, устраняют ущерб для садовника и не наносят никакого ущерба наследникам). Но если садовник предпочтет подчиниться возможности ущерба, то наследники имеют право выбора между тремя способами действия. Они могут: или разделить зеленые плоды пропорционально выговоренным долям; или взять все зеленые плоды и выплатить садовнику стоимость его доли; или, наконец, позаботиться о плодах, пока они не созреют, и израсходовать необходимую на это сумму, а затем вычесть пропорциональную часть расхода из доли садовника.

Правила на случай смерти садовника. Если садовник умрет, то его наследники могут продолжать работу, хотя бы собственник не был на это согласен, так как это клонится к их обоюдной выгоде. Если, напротив, наследники садовника откажутся работать и предпочтут собрать зеленые плоды, то собственник сада имеет право выбора между тремя вышеупомянутыми способами действия.

Правила на случай смерти обеих сторон. Если обе стороны умрут, наследники садовника могут продолжать работу. Если бы садовник был жив, а собственник сада умер, то садовник мог бы продолжать работу; отсюда следует, что его наследники, будучи его правопреемниками, имеют право на то же самое. Если, однако, они откажутся от этого, то наследники собственника вправе избрать один из трех вышеупомянутых способов действия.

Правила на случай наступления срока договора до созревания плодов. Если срок договора наступит в то время, когда плоды еще зелены и неспелы, то садовник может продолжать свое дело, пока плоды не созреют; и в этом случае он не обязан платить за наем деревьев, так как отдача их внаем незаконна. Другое дело — в договорах возделывания. Если срок их наступит, пока посев еще зелен, то возделыватель может продолжать свой труд до тех пор, пока посев не созреет; но он обязан уплатить за землю арендные деньги.

Если срок договора садоводства наступает в такое время, когда плоды еще зелены, один из садовников обязан довершить остальную работу. Если срок договора возделывания наступит в такое время, когда посев еще зелен, обе стороны обязаны работать, пока посев не созреет. Это различие основано на том, что в договорах возделывания, ввиду того, что возделыватель обязан платить аренду после наступления срока договора, было бы несправедливо возлагать на него одного последующий труд; между тем в случаях договора садоводства садовник, не будучи обязан платить аренду, должен совершить труд один по истечении срока договора, как и до истечения его.

Договор может быть расторгнут по надлежащему поводу. Договоры садоводства могут быть расторгнуты по надлежащему поводу; например, потому, что садовник — вор, и потому, что он лишен способности работать из-за болезни.

Возник вопрос: вправе ли садовник, если пожелает, оставить работу? В отношении этого вопроса приводят два мнения: одно — что это законно, другое — что незаконно. Это очевидное противоречие может быть, однако, примирено, если предположить, что первое мнение имеет в виду те случаи, когда условлено, чтобы садовник работал своими собственными руками, но такого условия он по болезни не может исполнить.

Аренда пустопорожней земли для насаждения деревьев с предоставлением части произведений в виде вознаграждения недействительна. Если одно лицо передает другому участок пустопорожней земли на известное число лет для того, чтобы посадить на ней деревья, и стороны постановят, чтобы деревья и земля были между ними общими в равных частях, то договор недействителен по двум причинам: во-первых, потому, что они установили товарищество относительно земли, которая существовала и раньше без помощи труда садовника; во-вторых, потому, что против этого договора можно принести все те же возражения, которые приводятся против кафиз-тахина, ибо хозяин сада в сущности нанимает садовника и назначает в виде жалованья часть произведенных его трудом предметов, именно — половину деревьев. В этом случае плоды и деревья достаются хозяину земли, а садовник имеет право на стоимость своих деревьев и на соответствующее вознаграждение за свой труд. Так как невозможно передать ему самые деревья ввиду связи их с землею, то он по необходимости получает стоимость их и соответствующую наемную плату; и эта плата не включена в сумму, получаемую им за деревья, то есть обе суммы должны быть уплачены каждая в отдельности, так как пользование трудом само может быть оценено.

КНИГА XLII

О ЗАБХЕ, ИЛИ УБОЕ
ЖИВОТНЫХ ДЛЯ МЯСА¹

Все животные, убиваемые для мяса, за исключением рыбы и саранчи, должны быть убиваемы способом забх. Все животные, мясо которых съедобно, за исключением рыбы и саранчи, незаконны, если не убиты способом забх; но если убиты способом забх, то они законны, так как этим способом нечистая кровь отделяется от чистого мяса, ввиду чего все животные несъедобные (каковы крысы, собаки или кошки) становятся чистыми² путем забха, за исключением только свиней и людей.

Забх бывает двух родов: по выбору и по необходимости. Забх бывает двух родов: 1) ихтияри, или по выбору (то есть добровольный, или по желанию), который совершается перерезом горла над грудью; 2) изтирари, или по необходимости (то есть случайный, из-за необходимости), который может быть совершен посредством нанесения животному раны в любое место его тела. Последняя форма составляет, однако, лишь замену первой и потому может быть применяема только при невозможности применения первой, так как посредством первой лучше удаляется кровь; но последняя достаточна, если первая неудобоприменима, ибо требуется только, чтобы люди действовали в пределах возможности.

Он должен быть совершен мусульманином или китаби. Одно из правил забх заключается в том, чтобы лицо, совершающее его, было мусульманином или китаби. Посему забх мусульманина законен, равно как и забх китаби, если только он совершается именем Бога, ибо в Коране мы находим следующие слова: «Съестные припасы китаби законны для вас».

Если только они знакомы с формою призыва, будь то мужчина или женщина, дитя или слабоумный. Забх законен, если только лицо, производящее его, знакомо с формою тасми, или призыва именем Бога, природою забха и способом перереза жил

¹ Арабские языковеды поясняют, что слово «забх» по буквальному смыслу означает акт перереза горла. На языке закона оно означает акт убийства животного с соблюдением предписанных обрядов, без чего мясо не считается съедобным.

² То есть мясо их может быть употребляемо в лекарственных соединениях, но оно все-таки не может служить обыкновенною пищею.

животного; причем безразлично, производит ли забх мужчина или женщина, малолетний или слабоумный, лицо обрезанное или не обрезанное.

Он не может быть совершен магом. Животное, убитое магом, незаконно, ибо Пророк сказал: «Вы можете поступать с ними как с китаби, но вы не должны вступать в брак с их женщинами и есть животных, убитых ими»; также потому, что маги — язычники и не признают единства Бога.

Вероотступником. Забх, совершенный вероотступником, незаконен, потому что отступнику не дозволяется оставаться в вере, к которой он обратился, и он должен быть казнен. Другое дело — китаби: если он поменяет веру, то ему дозволяется (по мнению наших ученых) оставаться в той вере, которую избрал; и по закону в отношении забха он рассматривается как лицо того вероисповедания, которое он избрал.

Или идолопоклонником. Забх идолопоклонника незаконен, потому что он не верит в пророков.

Дичь, убитая где бы то ни было мохримом¹, незаконна, как и убитая другим лицом на святой земле. Всякого рода дичь, убитая мохримом, незаконна, хотя бы она и не была убита на святой земле², и равным образом всякая дичь, убитая на святой земле, незаконна, хотя бы убившее лицо и не было мохримом. Другое дело, когда мохрим или другое лицо убивает животное, не составляющее дичь, на святой земле или в другом месте; это допускается законом, так как святая земля не доставляет убежища козам, а убиение коз мохримом не запрещено.

Правила относительно тасмии, или призыва. Если лицо, убивающее животное, намеренно пропустит тасмию, или призыв «именем Бога», то животное³ есть падаль и не должно быть употребляемо в пищу. Если, однако, он пропустит призыв по забывчивости, то животное законно. Имам Шафии того мнения, что животное законно в обоих случаях. Имам Малик, напротив, утверждает, что оно незаконно в обоих случаях и что в отношении пропуска призыва нет разницы между мусульманами и китаби. То же разногласие между нашими учеными имеет место в отношении человека, упустившего призыв при спуске собаки или сокола на охоте или при спуске стрелы. Мнение имама Шафии в этом отношении противоположно мнению всех наших ученых, ибо раньше его было общепринято, что животное, убитое с намеренным упущением призыва, незаконно, и разногласие касалось лишь случая упущения по забывчивости. Сторонники Абдуллы-Ибн-Омара были того мнения, что животное, убитое без призыва по забывчивости, также незаконно; напротив, сторонники Али и Ибн-Аббаса считали такое животное законным, но не считали законным животное, убитое с намеренным упущением. Ввиду сего Абу Юсуф и другие хани-

¹ Название, даваемое паломнику во время пребывания его в Мекке. Оно применяется также к каждому лицу, которое, решившись предпринять паломничество, налагает на себя определенные ограничения.

² Арабское «арзул-харам» — местность, окружающая Мекку, где никогда не убивают дичи.

³ Арабское «забиха», что дословно значит «убитое существо».

фитские ученые объявили, что животное, убитое с намеренным упущением призыва, вообще незаконно и что казий не может разрешить продажу мяса такого животного, так как это противоречит общепринятому мнению всех наших ученых. Доводы имама Шафии по этому предмету двоякого рода. Во-первых, Пророк сказал: «Пусть мусульмане бьют скот именем Бога, произнося его имя или молчаливо». Во-вторых, если бы призыв был существен для законности животного, то упущение его не могло бы покрываться тем, что это произошло по забывчивости. Если даже допустить, что призыв существен, то его все-таки заменяет мусульманская вера так же, как в случае упущения по забывчивости. Доводы наших ученых троякого рода. Во-первых, Господь сказал в Коране: «Не употребляйте в пищу ничего, над чем не произнесено имени Бога». Во-вторых, это — общепринятое мнение, как уже было замечено. В-третьих, Пророк сказал Аддию, сыну Гатима: «Когда ты пустил свою собаку за дичью и повторил имя Господа, то можешь есть эту дичь; но если другая собака помогла твоей во время убиения дичи, ты не должен есть последнюю, потому что повторил имя Господа над своею собакою, а не над другою»; посему очевидно, что упущение произнесения имени Бога делает дичь незаконною. Доказательство имама Малика основано на буквальном содержании вышеприведенного места в Коране, так как там положительно не выражено, что намеренное упущение незаконно, а упущение по забывчивости — законно. На это мы возражаем, что упомянутое место, очевидно, имеет в виду животное, относительно которого призыв был намеренно упущен, и буквальный смысл отличается здесь от духа приведенного текста, ибо, если бы дух согласовался с буквою, то товарищи Пророка (которые по авторитету занимают первое место), без сомнения, основывали бы свое мнение на этом тексте и между ними не существовало бы разногласия. Ответ имама Шафии состоит в том, что аналогия, которую он усматривает между намеренным упущением и упущением по забывчивости, неверна, потому что тот, кто забывает, действует под влиянием необходимости, и в его пользу допускается, в виде замены призыва, мусульманская вера; между тем как тот, кто намеренно делает упущение, не действует под влиянием необходимости. Что касается приводимого имамом Шафии изречения Пророка, то таковое, очевидно, имеет в виду случай упущения по забывчивости.

В первых родах забха он должен быть произнесен во время перереза горла животного; а во вторых — во время спуска стрелы или спуска собаки или сокола на дичь. При забхе ихтиари необходимо, чтобы призыв делался над животным во время убоя его, между тем как в случае забха-изтирари (совершаемого на охоте) призыв должен быть произносим во время спуска собаки или сокола или же спуска стрелы, что называется призывом над орудием. Различие это основано на том, что в первом случае власть человека распространяется на акт убоя, между тем как во втором она ограничивается спуском собаки, сокола или стрелы и не распространяется на самое достижение животного, ввиду чего призыв должен быть произнесен в момент совершения того акта, который во власти человека. Отсюда, если кто-либо повалит козу, имея намерение заколоть ее, произнесет призыв, а затем отпустит ее и, не повторяя призыва, заколет другую, то это недопустимо и мясо незаконно; но если кто-либо пустит стрелу в животное и произнесет призыв, а стрела вместо животного, в которое он целил,

попадет в другое, то это законно; и то же правило применяется в случае спуска собаки или сокола.

Если кто-либо, повалив животное и произнеся призыв, отбросит ножик и возьмет другой, которым заколет животное, то это законно, но если он произнесет призыв над стрелой, а затем возьмет другую и убьет ею дичь, то это незаконно, так как оружие, над которым произнесен призыв, было обменено.

Непристойно присоединять другие слова к имени Бога во время совершения забха, например, когда кто-либо говорит: «Боже, прими это от меня!». Это может произойти в трех разных видах. Во-первых, когда он произносит еще какие-либо слова, кроме имени Бога, без остановки и без употребления союза «и», как в приведенном примере; или когда он говорит: «Во имя Господа. Мухаммад его Пророк», что было бы непристойно, но мясо не было бы незаконно. Во-вторых, когда он произносит еще что-либо, кроме имени Бога, без остановки, но употребляя союз; например, если бы он сказал: «Во имя Господа и во имя другого» или: «Во имя Господа и другого», в каковых случаях животное незаконно. В-третьих, когда он произносит что-либо, кроме имени Бога, отдельно и самостоятельно, до или после призыва и опрокинутия животного, что не имеет значения и не делает мяса незаконным, так как, по преданию, Пророк произносил молитвы непосредственно после совершения забха.

Не должно произносить ничего, кроме призыва. При забхе не должно быть произнесимо ничего, кроме призыва, то есть не следует произносить молитвы или других слов. Посему, если бы кто-либо во время забха вместо: «Во имя Господа» сказал: «Боже, прости меня», то убитое животное незаконно, так как это есть молитва или мольба. Если, однако, вместо: «Во имя Господа», он говорит: «Хвала Богу» или: «Бог наичистейший» и считает это призывом, то этого достаточно. Но если он чихнет во время забха и воскликнет: «Хвала Богу», то этого не достаточно (по «Риваяти-Сахих»), потому что тогда восклицание это считается благодарением, а не призывом. Весьма часто употребляемый способ призыва во время забха: «Во имя Господа, Бог наивысший» взят у Ибн-Аббаса.

Надлежащий способ убоя животных. Место для надреза находится между горлом и верхушкой грудной кости. Кровь свободно течет из раны, нанесенной в этом месте, посему забх, совершенный в пределах этого пространства, законный.

При забхе должны быть перерезаны четыре сосуда: дыхательное горло, глотка и две горловые жилы. Это основано на изречении Пророка. По имаму Шафии, достаточно, если дыхательное горло и глотка будут перерезаны. По имаму Малику, напротив, перерез трех сосудов недостаточен: требуется перерез всех четырех. По Абу Ханифе, животное законно, когда перерезаны трое из названных сосудов, какие бы то ни было. Абу Юсуф сперва был того же мнения, но затем признал необходимым, чтобы были перерезаны дыхательное горло, глотка и один из двух кровеносных сосудов. Излияние крови составляет цель перереза кровеносных сосудов, и один из них может заменять другой; но глотка и дыхательное горло имеют два различных назначения (прием пищи и дыхание), а потому требуется, чтобы оба были перерезаны, ибо одно не может заменить другое. Довод Абу Ханифы заключается в том, что большинство во многих постановлениях закона представляет целое; а когда перерезаны из

четырёх сосудов три, то перерезано большинство и цель (быстрое истечение крови и лишение жизни) достигнута, ибо после перереза их животное не может жить. Посему, если для того, чтобы не причинять лишних страданий, перерезываются только три сосуда, то этого достаточно. Другое дело, когда перерезаны только два сосуда: в этом случае нет перереза большинства, представляющего целое, и убитое таким образом животное незаконно. Имам Мухаммад того мнения, что большая часть каждого из четырёх сосудов должна быть перерезана, ибо каждый должен быть рассматриваем как самостоятельный орган, отделенный от остальных. В «Джами-ус-Сагире» он утверждает также, что если половина дыхательного горла и половина каждого кровеносного сосуда перерезаны, то животное незаконно; но если перерезаны большая часть дыхательного горла и каждого из кровеносных сосудов до смерти животного, то оно законно.

Он может быть совершен ногтями, рогами или зубами (отделенными от их природного места). Если кто-либо убивает животное ногтями, рогами или зубами, то оно может быть употребляемо в пищу без опасения, если только ногти, рога или зубы были отделены от того места, где росли. Действие это, однако, непристойно, потому что вводит в употребление части человеческого тела и причиняет животному слишком много страдания; а нам предписано совершать забх наименее мучительным для животного способом. Имам Шафии полагает, что животное, убитое вышеозначенным способом, незаконно и есть падаль, потому что Пророк сказал: «Забх законен, когда совершен каким бы то ни было орудием, годным для пролития крови или для перереза сосудов, за исключением ногтей и зубов, составляющих орудие абиссинцев»¹. Напротив, мы ссылаемся на то, что Пророк сказал: «Проливай кровь, каким угодно орудием» и равным образом, по преданию, он сказал: «Перерезывай сосуды чем пожелаешь». Что касается приводимого имамом Шафии изречения, то оно относится к ногтям и зубам, прикрепленным к природному их месту, так как абиссинцы часто убивали скот таким образом. Ногти, отделенные от их места, суть режущее орудие, и цель забха (пролитие крови) может быть осуществлено ими, ввиду чего они имеют одинаковое значение с железными или каменными острыми орудиями. Но когда они на своих местах, то убивают благодаря силе или тяжести, примененным к ним, и животное, убитое таким образом, в сущности представляется удушенным.

Или каким-либо острым орудием. Убой может быть законно совершен острием стрелы, острым камнем и всяким предметом, острым и годным для перереза сосудов и пролития крови, за исключением ногтей и зубов, остающихся на своем месте.

Предосторожности, которые должно соблюдать лицо, совершающее забх. Похвально, если лицо, совершающее забх, наточит свой нож, ибо Пророк сказал: «Бог предписал нам быть милостивыми ко всем; посему, когда вы режете животных, делайте это как можно менее мучительным образом, и когда вы совершаете забх, пусть один из вас наточит нож и совершит его по возможности менее мучительно для животного».

¹ Мусульмане относятся с большим презрением к абиссинцам.

Непристойно сперва повалить животное, а потом наточить нож. Передают, что Пророк, заметив однажды человека, поступавшего таким образом, сказал ему: «Сколько смертей желаешь ты, чтобы это животное испытало? Почему ты не наострил своего ножа до того, как повалить животное?»

Непристойно задевать ножом спинной мозг или отрезать голову животного. Однако в обоих этих случаях мясо законно. Причина непристойности в первом случае состоит в том, во-первых, что Пророк запретил это; а во-вторых, что задевая ножом мозг, мы без нужды увеличиваем страдания животного, что запрещается нашим законом. Словом, все, что при забхе без нужды увеличивает страдания животного, непристойно.

Непристойно схватить животное, предназначенное на убой, за ноги и тащить его до места, где производится убой.

Непристойно переламывать позвонок животного, борящегося со смертью; но когда борьба окончена, нет непристойности в переломе позвонка и снятии шкуры, ибо тогда животное не чувствует боли.

Животное законно, хотя бы оно было ранено до перереза горла. Если кто-либо убивает животное, нанеся ему сперва рану в затылок, но перерезав сосуды, пока животное еще было живо, то мясо законно, так как животное умирает путем забха; но самое действие непристойно, ибо им без нужды увеличиваются страдания животного. Если, напротив, животное умирает до перереза сосудов, то мясо его незаконно, ибо оно умирает до совершения забха.

Все ручные животные должны быть убиваемы посредством перереза горла, а дикие — посредством охоты на них и стрельбы. Относительно всех ручных животных забх совершается посредством перереза сосудов; относительно же диких животных — посредством охоты и ранения их, ибо там, где неприменим забх-ихтиари, или забх по выбору, там применяется забх-изтирари, или забх по необходимости; а такая именно неприменимость является в отношении последнего класса животных, но не первого. Забх-изтирари законен также относительно животного, упавшего в колодец, если только другой вид забха неприменим. Имам Малик утверждает, что мясо незаконно в обоих означенных случаях, то есть когда речь идет о диком животном и животном, упавшем в колодец, так как такие случаи редки. Мы же утверждаем, что так как неприменимость забх-ихтиари (что признается основательным доводом) имеет место в обоих случаях, то отсюда следует, что вспомогательный забх, именно забх-изтирари, может быть применен; причем не имеет значения его объяснение (что «такие случаи редки»); напротив, они очень часты. В Кудури положительно сказано, что законно применять забх-изтирари ко всем диким животным; и передают мнение имама Мухаммада, что если коза одичает в степи, то в отношении ее законен забх-изтирари; но если она одичает в городе, то забх-изтирари незаконен, потому что в городе ее можно поймать, следовательно, забх-ихтиари может быть совершен. Однако относительно коров и верблюдов нет разницы между степью и городом, потому что эти животные нападают на тех, кто ловит их, ввиду чего невозможно поймать их, если даже они одичают среди города; и посему забх-ихтиари неприменим. Равным образом, когда эти животные нападают на человека, то они считаются дикими, если только он

не может поймать их, ввиду чего, если подобное животное нападет на человека и он убьет его с намерением забха, то мясо его может быть законно употреблено в пищу.

Верблюды должны быть убиваемы способом нара преимущественно перед способом забх. Верблюды предпочтительно должны быть убиваемы путем нара, то есть уколом в горло, вблизи грудной кости, потому что это согласно с Сунной, и в этой части горла соединяются кровеносные сосуды. Можно убить его и путем забха, хотя это считается непристойным, ибо не согласно с Сунной. Что касается коз и быков, то предпочтительно убивать их посредством забха, ибо это согласно с Сунной, а также потому, что сосуды козы соединяются в верхней части горла; но и они могут быть заколоты, подобно верблюду, хотя способ этот не одобряется как не согласный с Сунной.

Утробный плод убитого животного незаконен. Если кто-либо, убив верблюда или корову, найдет в утробе мертвый плод, то таковой незаконен независимо от того, покрыт ли он волосами или нет. Таково мнение Абу Ханифы, и оно было принято имамом Зуфаром и Хасан-бин-Зиядом. Оба ученика утверждают, что если формы утробного плода вполне развиты, то он законен (и в этом мнении имам Шафии согласен с ними), потому что Пророк установил, чтобы забх матери считался забхом утробного плода, то есть забх матери достаточен для забха плода. Кроме того, утробный плод в сущности есть составная часть матери, так как он соединен с нею, пока не отделяется ножницами или ножом, питается тою же пищею и дышат тем же дыханием; он считается таковым и по закону, так что включается в продажу матери и становится свободным вследствие эмансипации матери. Посему утробный плод, являясь составною частью матери, становится законным вследствие совершения забха над матерью, когда совершение отдельного забха неосуществимо, так же, как рана, нанесенная на охоте, служит заменою забха. Абу Ханифа утверждает, что утробный плод является зрелым в отношении жизни, то есть что он имеет отдельное существование, так что может жить после смерти матери, ввиду чего, если он жив, необходим отдельный забх. Кроме того, если кто-либо уничтожает плод, то он подлежит имущественной ответственности; и собственник может эмансипировать один плод без матери. Законно также завещать его в виде отказа или отказывать ему что-либо. Сверх того, цель забха состоит в отделении крови от мяса, что не может быть осуществлено в отношении плода забхом матери. Другое дело — поранение дичи: в этом случае кровь отделяется от мяса, и хотя отделение это неполное, но так как другой способ невозможен, то это отделение и считается забхом. Кроме того, плод считается включенным в сделку о продаже матери, потому что иначе продажа была бы недействительна; ввиду такой необходимости он включается в сделку. Равным образом он становится свободным вследствие отпущения на волю матери для того, чтобы от свободной матери не родился ребенок-раб.

Раздел. О вещах, употребление которых в пищу законно, и о тех, употребление которых незаконно

Все хищные животные и птицы незаконны. Все животные, хватающие свою добычу зубами, и все птицы, хватающие ее когтями, незаконны, ибо Пророк запретил

людям употреблять их в пищу. Основание этого запрещения заключается в том, что человек особенно дорог, и следует предохранить его от употребления в пищу тех животных, чтобы к нему не перешли дурные качества их, могущие изменить его характер.

Гиены и лисицы, принадлежа к классу хищных животных, незаконны. (Имам Шафии утверждает, что они законны). Слоны и ласочки также считаются хищными животными¹, а употребление мяса пеликанов и коршунов непристойно, потому что они пожирают мертвечину.

Вороны полевые безразличны, но питающиеся падалью вороны и вóроны незаконны. Сороки, крокодилы, выдры, все насекомые, ослы и мулы незаконны. Лошади. Вороны, питающиеся зерном безразличны, но дикие вороны (питающиеся падалью) и вóроны незаконны. По Абу Ханифе, сороки безразличны² подобно живности, хотя говорят (руководствуясь авторитетом Абу Юсуфа), что употребление их непристойно, так как они часто питаются мертвечиной. Крокодилы и выдры, осы и вообще все насекомые непристойны. Ослы и мулы незаконны, так как они запрещены Пророком. Мясо лошадей считается непристойным имамами Ханифою и Маликом. По мнению обоих учеников и имама Шафии, оно безразлично, ибо в «Хадис Джаабире» сказано, что Пророк разрешил употребление его; некоторые того мнения, что молоко кобыл также безразлично.

Зайцы безразличны. По Абу Ханифе, мясо зайцев безразлично, потому что Пророк ел его и велел своим товарищам есть.

Мясо и шкура всех незаконных животных становится чистым после убоя их по законам забха, за исключением только мяса людей и свиней. По имаму Шафии, мясо упомянутых животных не становится чистым.

Ни одно водяное животное не законно, кроме рыб. Ни одно животное, живущее в воде, не законно, за исключением рыб. Имам Малик и многие другие ученые полагают, что все водяные животные законны. Другие, напротив, говорят, что тюлени и морские свинки незаконны.

Дохлая рыба незаконна. Дохлая рыба, плывущая на поверхности воды, непристойна. По имамам Шафии и Малику, она безразлична. Наш мазхаб следует следующему правилу. Рыбы, случайно убитые, законны подобно выуженным; напротив, рыба дохлая незаконна подобно найденной плавающей на поверхности воды. Существует, однако, разногласие относительно рыбы, подошедшей от чрезвычайной жары или стужи. Рыба и саранча законны и не будучи убитыми способом забха.

¹ Арабское «зу-наб», что означает дословно «существо с собачьими зубами». Слон (без сомнения, не принадлежащий к числу хищных животных) причисляется к ним, может быть, из-за своих клыков.

² Здесь кстати заметить, что по мусульманскому праву существуют четыре степени между законным и незаконным. I. Халал, или положительно законное. II. Мубах, или безразличное (что можно делать или не делать). III. Макрух, или непристойное (то есть не одобряемое, но, тем не менее, законное). IV. Харам, или положительно незаконное (то есть запрещенное).

КНИГА XLIII

УЗХИЯ, ИЛИ ЖЕРТВОПРИНОШЕНИЕ

Жертва должна быть принесена на иди-курбан. Каждый свободный мусульманин, достигший совершеннолетия, обязан принести жертву на иди-курбан, или праздник жертвоприношения¹, если только он в это время владеет нисабом и не находится в путешествии. Таково мнение имамов Абу Ханифы, Мухаммада, Зуфара и Хасана, а равно и Абу Юсуфа, по одному преданию; по мнению имама Шафии, жертвоприношение не есть обязанность, но похвально. Тахави передает, что, по мнению Абу Ханифы, оно необходимо; между тем как оба ученика считают его чрезвычайно похвальным.

Она должна быть принесена мужчиною за себя и за своих малолетних детей. Жертвоприношение обязательно для мужчины за себя и за своих малолетних детей. Таково мнение Абу Ханифы, по одному преданию. По другому (приводимому в «Захири-Риваяте»), он сказал, что человек не обязан приносить жертву за свое дитя. В действительности, по Абу Ханифе и Абу Юсуфу, отец или опекун должны принести в жертву за счет малолетнего (если он имеет имущество), употребив в пищу съедобные части и продав остальные, имеющие ценность, части, какова кожа и т.п. Имамы Мухаммад, Зуфар и Шафии сказали, что отец должен принести жертву за своих детей на свой счет, а не на счет последних.

Жертву за одно лицо составляет коза, а за двух и до семи лиц — корова или верблюд. Установленная за одно лицо жертва есть коза, а за семь лиц — корова или верблюд. Если корова приносится в жертву за число лиц менее семи, то это законно; но другое дело, когда корова приносится в жертву за восемь лиц. Равным образом, если в обществе из семи лиц одно из них пожертвует менее одной седьмой части, то жертвоприношение недействительно ни для одного из участников.

Животное, составляющее общую собственность, может быть совокупно принесено в жертву. Если верблюд, составляющий в равных частях общую собственность двух лиц, будет ими принесен в жертву за свой счет, то это законно, согласно наиболее достоверным преданиям. В таком случае они должны разделить мясо по весу. Если,

¹ Этот праздник бывает на десятый день зигиджы и был установлен в память Авраама, предложившего Богу в жертву своего сына Измаила вследствие видения, которое он имел.

напротив, они делят мясо по предположительной оценке, то это незаконно, разве они добавят к каждой доле мяса часть головы, затылка и суставов.

Другие могут быть приняты в качестве участников в пользовании животным, купленным для жертвоприношения. Если кто-либо покупает корову с целью принести ее в жертву за свой счет, а затем примет шестерых других в товарищи по жертвоприношению, то это законно. Лучше, однако, если он вступит в товарищество с другими во время купли для того, чтобы жертвоприношение являлось действительным во мнении всех наших ученых, так как иначе между ними существует разногласие. Передают мнение Абу Ханифы, что непристойно допускать других к участию в жертвоприношении после покупки животного, ибо, так как покупка была совершена с благочестивою целью, то продажа купленного непристойна.

Жертвоприношение необязательно для бедного и для путешественника. Жертвоприношение необязательно для бедного и для путешественника, ибо Абу Бекр и Омар-Фарук не приносили жертвы на иде во время своих путешествий. По преданию, Али сказал: «Ни пятничные молитвы, ни жертвоприношение на иде не обязательны для путешественников».

Время жертвоприношения. Время жертвоприношения есть утро праздничного дня. Не допускается городским жителям начинать жертвоприношение до окончания их духовным лицом подлежащих молитв. Сельские жители могут начать с восходом солнца. В действительности, время должно определяться местом. Так, когда место жертвоприношения в деревне, а жертвователи живут в городе, то законно начать с утра; в противном случае жертва должна быть отложена до окончания молитв.

Если жертвенное животное убито после молитв в мечети, но до молитв, произносимых на месте жертвоприношения, то это законно, равно как и наоборот.

Жертвоприношение законно в течение трех дней, то есть в день праздника и в два следующих дня. Имам Шафии того мнения, что оно законно в течение трех следующих дней. Однако жертвоприношение в день праздника далеко выше жертвоприношения в другой день. Законно также приносить жертву в ночь, следующую за этими днями, хотя это и считается непристойным. Жертвоприношение в эти дни более похвально, чем обычай не приносить жертвы, а вместо нее пожертвовать соответствующую сумму в пользу бедных.

Если жертвоприношение будет отложено и истечет надлежащее время, то жертвенное животное должно быть употреблено на благотворительные дела. Если кто-либо упустит принести жертву в течение установленных дней, а до того решил принести в жертву, положим, определенную козу или, будучи беден, купил для этой цели козу, то в обоих случаях он должен употребить живое животное на благотворительные дела. Но если он богат, то обязан представить на благотворительные дела сумму, равную цене козы, купил ли он ее для жертвоприношения или нет.

Принесение в жертву животного, имеющего недостатки, не допускается. Незаконно приносить в жертву животных, имеющих недостатки, например, слабых, хромых или до того тощих, что они не имеют мозга в костях, или у которых большая часть ушей или хвоста обрезана. Но животные, сохранившие большую часть ушей или хво-

ста, могут быть законно принесены в жертву. Относительно того, что считать большею частью различных членов, предание сохранило несколько мнений Абу Ханифы. Для одних животных он определил эту часть в одну треть, для других — свыше трети, для некоторых — только в четверть. По мнению обоих учеников, если остается более половины, то жертвоприношение законно; и это мнение было принято ученым Абу Лансом.

Но незначительный недостаток не препятствует жертвоприношению. Если животное потеряло треть своего хвоста, или уха, или зрения, то оно законно может быть принесено в жертву; но если в одном из этих случаев утрата составляет более трети, то жертвоприношение незаконно. Способ, предписанный нашими учеными для обнаружения степени ухудшения зрения, следующий. Сперва следует лишить животное пищи на день или на два для того, чтобы оно проголодалось; затем, закрыв глаз, зрение которого ослаблено, следует постепенно приближать к животному пищу, начав с известного расстояния, до тех пор, пока оно не обнаружит каким либо движением, что заметило пищу. Отметив место, на котором это случилось, и сняв повязку с слабого глаза, следует повязать здоровый глаз и повторить ту же процедуру, пока животное не обнаружит, что заметило пищу слабым глазом. Если затем измерить расстояние этих мест от места, где стояло животное, то отношение этих расстояний укажет, в какой степени зрение ухудшилось.

Животное, потерявшее рог, бешеное или холощенное может быть принесено в жертву. Если кто-либо приносит в жертву животное без рога или со сломанным рогом, бешеное или холощенное, то это законно. Многие, однако, говорили, что незаконно приносить в жертву бешеное животное, если оно не принимает пищи, так же, как незаконно приносить в жертву херджин (помесь волка и козы), если он не жирен. Что касается животных, лишенных зубов, то приводят мнение Абу Юсуфа, что они могут быть законно принесены в жертву, если только способны жевать или (по другому преданию) если они сохранили самые большие из своих зубов. Однако животные, рожденные без уха, не могут быть законно принесены в жертву. Все сказанное здесь относится до таких недостатков, которые могли существовать до покупки животного. Если бы оно в момент купли не имело недостатков, а затем получило такой недостаток, который делает приношение его в жертву незаконным, и собственник его богат, то он обязан принести в жертву другое животное; если же он беден, то может законно принести в жертву то же животное. Это основано на том, что жертвоприношение вообще лежит на обязанности богатого, а не вследствие сделанной им покупки; посему купленное им животное не отставляется специально для принесения в жертву; напротив, так как жертвоприношение необязательно для бедного, за исключением случая, когда он покупает животное для этой цели, то купленное животное является специально предназначенным для этой цели. Согласно сему наши ученые полагают, что если животное, купленное для жертвоприношения, околеет, то собственник, если он богат, обязан заменить его другим, но бедный не обязан делать это; или, если животное будет потеряно или украдено и собственник, купив другое, найдет первое, то, если богат, он обязан принести в жертву обоих животных; если же беден, то обязан принести в жертву одно из животных.

Случай, происшедший с животным во время заклания, не делает жертвоприношение недействительным. Если случится, что коза, будучи опрокинута для совершения жертвы, во время борьбы сломает себе ногу, то, если только жертвоприношение совершено немедленно, оно законно и достаточно. Равным образом оно законно, если при таких обстоятельствах животное, будучи ранено, убежит, но по поимке, принесено в жертву. Имам Мухаммад признал жертвоприношение законным и тогда, когда животное будет поймано по прошествии некоторого времени, в противоположность мнению Абу Юсуфа.

В жертву могут быть приносимы только козы, коровы и верблюды. Незаконно приносить в жертву иных животных, кроме верблюдов, коров и коз, ибо из источников не видно, чтобы Пророк и его товарищи когда-либо приносили в жертву других животных. Буйволы, однако, законны, так как принадлежат к породе коров. Кроме того, всякая помесь считается принадлежащей к породе матери.

Лета животных для жертвоприношения. Жертвоприношение животного, принадлежащего к одной из вышеназванных пород¹, законно, хотя бы животное было только суни, но не моложе, за исключением овцы, которая может быть принесена в жертву, будучи джеддай, или настолько молодой, что не имеет еще зубов. По мнению наших ученых, овца должна быть рослая, чтобы она на небольшом расстоянии походила на суни. Период джеддай для овцы (по мнению наших ученых) кончается истечением шестого и началом седьмого месяца. Время суни для коз и овец — годового возраст, для коров — двухлетний, для верблюдов — пятилетний.

Если один из семи жертвователей умрет, то необходимо согласие его наследников. Если семеро купят корову для жертвоприношения и затем один из них умрет, а наследники пожелают, чтобы остальные шестеро принесли в жертву корову за себя и за умершего, то это законно; если они принесут корову в жертву без согласия наследников, то это незаконно.

Если христианин или другое лицо, имеющее целью получить мясо, а не совершить жертвоприношение, находится в товариществе с шестью другими, то жертвоприношение незаконно ни для одного.

Правила относительно распоряжения мясом и т.д. жертвы. Лицо, приносящее жертву, может или употребить мясо в пищу, или отдать его кому угодно, бедному или богатому; оно может также сохранить мясо про запас. Лучше предоставить третью часть мяса на благотворительные дела.

Разрешается предоставить кожу животного на благотворительные дела или выделывать из нее какой-либо предмет, например, ведро, решето и т.п. Равным образом законно выменять ее на какой-либо непотребляемый предмет, приносящий доход с сохранением своего существа; но не допускается обмен ее на какой-либо потребляемый предмет, например, уксус и т.п. В этом отношении нет разницы между мясом и кожей, согласно самым достоверным источникам.

¹ Овца и коза считаются принадлежащими к одной породе.

Если мясо жертвенного животного продано вместе с кожей за деньги или за какой-либо предмет, приносящий пользу только путем потребления, то продавец обязан отдать полученную цену бедным; и продажа действительна.

Незаконно давать часть жертвенного животного в уплату мяснику.

Непристойно снимать шерсть животного и продавать ее до совершения жертвы; но не после совершения ее. Равным образом непристойно выдоить жертвенное животное и продать молоко.

Животное должно быть зарезано жертвователем или в его присутствии. Лучше, если лицо, приносящее жертву, само совершит ее, если только оно хорошо знакомо с способом заклания; но если оно в этом не искусно, то лучше, если возьмет в помощь другого, а само будет присутствовать при операции.

Заклание может быть поручено китаби, но не магу. Непристойно поручить заклание жертвы китаби. Если, однако, кто-либо даст такое поручение китаби, то это законно. Другое дело, когда кто-либо прикажет магу или огнепоклоннику зарезать жертвенное животное: это не допускается.

Если два лица по ошибке зарежут каждое жертву другого, то они должны вознаградить друг друга. Если два лица впадут в ошибку и каждое зарежет жертву другого, то это законно, и ни одно не должно вознаграждать другое. Равным образом, если, впав в ошибку, они съедят мясо, а затем обнаружат ошибку, то необходимо, чтобы они одобрили действия свои, и тогда жертвоприношение считается совершенным. Если, напротив, они не поступят таким образом, а начнут спорить, то каждый вправе получить от другого вознаграждение за стоимость мяса и должен употребить это вознаграждение на милостыню, так как оно получено за мясо жертвенного животного. То же правило применяется, когда кто-либо испортит мясо животного, принесенного другим в жертву.

Случай принесения в жертву захваченного животного. Если кто-либо завладеет козю и принесет ее в жертву, то он обязан вознаградить за ее стоимость, и этим жертва его становится действительной, потому что вследствие уплаты вознаграждения он считается собственником козы с момента завладения. Другое дело, когда кто-либо принесет в жертву козу, данную ему на сохранение: это недействительно, потому что он обязан дать вознаграждение за жертвоприношение и право собственности его на козу возникает лишь после жертвоприношения.

КНИГА XLIV

О КАРАХИЯТЕ, ИЛИ ДЕЙСТВИЯХ НЕПРИСТОЙНЫХ

Разногласие относительно объема термина «макрух». Автор «Хидои» замечает, что наши ученые не согласны относительно объема термина «макрух»¹. Имам Мухаммад был того мнения, что все макрух незаконно; но так как он не мог привести в пользу своего мнения убедительного довода из священных книг, то отказался от причисления всех этих предметов к числу незаконных и причислил их к особому виду — макрух, или непристойных. С другой стороны, приводят мнение Абу Ханифы и Абу Юсуфа, что понятие «макрух» применяется ко всему, что по качествам своим приближается к незаконному, но не представляется таковым в действительности. Предмет этот распадается на несколько глав или отделений.

Раздел I. О еде и питье

Непристойно есть мясо или пить молоко осла или принимать мочу верблюда не с лечебной целью. Абу Ханифа сказал, что употребление мяса и молока осла и мочи верблюда непристойно. По мнению Абу Юсуфа, моча верблюда может быть принимаема в виде лекарства; что касается молока, то оно выделяется из крови и потому подвержено тому же правилу, как и мясо животного, от которого оно получено.

Или употреблять золотую или серебряную посуду. Не дозволено ни мужчинам, ни женщинам употреблять золотую или серебряную посуду при еде, питье или пользовании благоуханиями, ибо Пророк сказал о лицах, пьющих из серебряной или золотой посуды: «Огонь ада войдет в их чрево». Также передают, что когда кто-то принес Абу Харире воду в серебряной посуде, то он отказался пить, объявив, что Пророк запретил ему пить из такой посуды. Так как запрещение установлено в отношении питья, то отсюда следует, что правило это распространяется и на употребление масел и подобных им веществ. Непристойно употребление золотой или серебряной ложки, равно как и употребление золотой или серебряной шпильки для обвода век сурью, или шкатулок для хранения сурьмы, или других предметов сделанных из этих металлов.

¹ «Макрух» есть страдательное причастие глагола «курита» — «иметь отвращение»; это слово часто употребляется в более мягком значении и означает все неприличное.

Дозволяется употребление посуды из свинца, стекла, кристалла и агата. Употребление посуды из свинца, стекла, кристалла или агата дозволено. Имам Шафии утверждает, что пользование ею непристойно, так как она по блеску походит на золото или серебро.

Или пить из посуды, ездить верхом на седле или сидеть на стуле или диване, украшенных золотом или серебром. По Абу Ханифе, дозволяется пить из деревянной посуды, украшенной серебром, если только та часть, к которой прикасаются губы, без украшений. Равным образом дозволяется ездить верхом на седле, вытканном серебром, если только место, предназначенное для сиденья, гладкое; это же правило применяется к постели или дивану. По Абу Юсуфу, напротив, все это непристойно. Относительно имама Мухаммада сохранились два предания по этому предмету: одно — совпадающее с мнением Абу Ханифы, другое — с мнением Абу Юсуфа. Такое же разногласие существует между ними относительно посуды или сидений, украшенных как золотом, так и серебром, относительно мечей, мечетей, стеклянных рам и книг, украшенных золотом или серебром, а также относительно стремян, уздечек и сбруи с такими же украшениями. Однако это разногласие существует только, когда золото и серебро прикреплено так, что не требует для своего отделения сложных операций; но золочение или серебрение вещей таким образом, что отделение металла требует искусства, единогласно разрешается. Доказательство обоих учеников заключается в том, что употребление одной части посуды включает в себе употребление целого, ввиду чего они и в этом случае считают употребление посуды непристойным так же, как если бы часть, служащая для употребления, была из золота или серебра. С другой стороны, Абу Ханифа доказывает, что украшения из золота и серебра суть лишь принадлежности и не должны быть по сему принимаемы во внимание, ввиду чего пользование подобными предметами дозволено, как и ношение платья, отороченного серебром, или кольца, в которое вставлен кусок золота.

Удостоверению неправоверного о законности известной пищи можно давать веру. Если кто-либо пошлет своего слугу или наемника-мага купить мясо и он купит мясо, удостоверив своего хозяина, что купил таковое у еврея, христианина или мусульманина, то хозяин может употребить это мясо в пищу, ибо слово неправоверного заслуживает веры во всех делах временного характера, так как предполагается, что он обладает разумом и ложь запрещена его религиею; кроме того, необходимо верить его словам, касающимся временных отношений ввиду частого повторения их. Если, напротив, слуга объявит хозяину, что «он купил мясо у неправоверного, не имеющего священных книг, и что оно было убито лицом, не принадлежащим ни к числу мусульман, ни к числу лиц, имеющих священные книги», то хозяину не разрешается есть купленное мясо. Так как словам неправоверного дается вера относительно законности мяса, то тем более следует верить ему, когда он свидетельствует о незаконности его.

Подарок может быть принят из рук раба или малолетнего. Если раб или раба, или малолетний принесут что-либо известному лицу, говоря: «Такой-то прислал тебе это в дар», то одаренный может верить заявлению, так как подарки часто посылаются через таких посланных. Равным образом, если один из таких посланных объявит

рабу, что его хозяин разрешил ему производить торговлю, то он может верить этому, ибо, может быть, посланному невозможно удостоверить свидетелями намерение хозяина, ввиду чего, если бы словам их не давалась вера, то это причинило бы замешательство в делах и ненужные затруднения в отношениях людей. В «Джами-ус-Сагире» говорится, что если девушка-рабыня придет к кому-либо и скажет: «Мой хозяин послал меня к тебе в виде дара», то лицо это вправе принять ее.

Слова отверженного могут быть приняты во всех временных отношениях, но не в духовных делах. Во всех временных отношениях слова отверженного могут быть приняты, но в делах духовных принимаются лишь слова почтенного лица. Основание этого различия заключается в том, что дела временного характера часто встречаются между людьми всех мазхабов; посему, если бы в отношениях между ними требовалось что-либо сверх совершеннолетия и здравого ума (например, честность), то это произвело бы стеснение в делах; для устранения сего в этих случаях дается вера словам одного лица, будь это человек добродетельный или развращенный, мусульманин или неправовверный, мужчина или женщина. Напротив, отношения духовного характера не так часто встречаются, ввиду чего для них требуется большая осторожность. Только слово почтенного мусульманина имеет значение в духовных делах, потому что человек неправедный может быть заподозрен во лжи; а неправовверный, не следуя сам закону, не имеет права налагать таковой на других. Иначе — в делах временных, ибо неправовверному разрешается пребывание в мусульманской земле единственно ради его временных дел, которых он не мог бы совершать, если бы его слова относительно их не принимались. Ввиду такой необходимости словам его дают веру.

Равно как и слова человека неопределенного характера. Лицо, характер которого неизвестен, рассматривается как лицо неправедное или отверженное и слова его, касающиеся дела веры, не принимаются. Однако в «Захири-Риваяте» говорится, что подозрение и вероятное предположение составляют основание, на котором следует разрешать возникающие по этому предмету вопросы. Другими словами, на практике следует соотносываться с предположениями, являющимися наиболее вероятными и сообразными с обстоятельствами. Существует также другое предание, касающееся Абу Ханифы, что слову человека неизвестного характера должно верить в делах духовных.

Слово почтенного человека, свободного или раба, может быть принято в духовных делах. Слово свободного человека или раба, будь то мужчина или женщина, принимается в делах духовных, если только это почтенные лица, ибо честность предполагает любовь к правде; а последняя оправдывает веру. Следует заметить, что все сказанное выше о разрешении рабу производить торговлю, о посылке подарков и посланных и т.п., относится к делам временного характера, как и назначение представителя. Напротив, сведения, например, о нечистоте воды есть дело духовного характера. Посему, если лицо, дающее сведение, есть почтенный мусульманин, то лицо, получающее сведение, может, совершая очищение, заменить воду песком и не должно совершать очищения водою. Если, напротив, уведомляющий есть лицо отверженное или неизвестного характера, то лицо, получающее сведение, должно об-

судить дело; и когда придет к выводу, что уведомляющий есть лицо правдолюбивое, должно совершить таяммум вместо омовения. Если, напротив, он придет к выводу, что сведение было ложное, то должен совершить омовение водою. Таково предписание закона; но необходимо также, чтобы он из предосторожности после омовения совершил таяммум, так как вывод его основан единственно на рассуждении. Следует также заметить, что законность и незаконность суть понятия невещественные, ввиду чего они не вредят чьей-либо собственности. Напротив, когда заявление почтенного человека клонится к причинению вреда собственности другого, то оно не имеет значения; например, когда почтенный человек свидетельствует, что известное лицо женилось на своей молочной сестре, в каковом случае свидетельству этому не дается веры как клонящемуся к причинению вреда имуществу мужа, ибо он лишился бы вещей жены, на которые ему давала право женитьба; или когда одно лицо заявляет другому, купившему девушку-рабыню, что она его молочная сестра или что она свободная женщина.

Похвально принимать приглашение на брачное торжество несмотря на допущение во время его некоторых бесчинств. Если кто-либо будет приглашен на брачное торжество и, пойдя туда, заметит, что общество предается веселым забавам или пению, то все-таки похвально, если он останется сидеть и будет принимать участие в угощении. Принятие такого приглашения согласно со строгим правоверием, так как Пророк сказал: «Кто откажется от приглашения, очевидно, не повинуется мне». Он не должен оставлять пиршества вследствие совершаемых другими бесчинств так же, как во время похорон не следует отлучаться, хотя бы присутствовали нанятые плакальщики. Если, однако, он имеет власть прекратить эти бесчинства, то обязан употребить эту власть; если же это не в его власти, то должен оставаться спокойным. Но если присутствует муктада¹ и не в его власти устранить эти бесчинства, то он обязан удалиться, так как его присутствие в таком месте свидетельствует об ослаблении веры. Равным образом, если бесчинства совершаются во время еды, то следует удалиться как муктаде, так и другому лицу, ибо Господь в Коране запретил нам сидеть в обществе злых. Все это основано на том предположении, что приглашенное лицо уже присутствует на брачном пире, прежде чем заметить эти бесчинства.

Если о бесчинствах этих не было известно заранее. Если оно раньше знало о совершении этих бесчинств, то обязано было отклонить приглашение.

Раздел II. Об одежде

Женщины могут одеваться в шелк, но мужчины не должны. Шелковая одежда не дозволяется мужчинам; но женщинам разрешается носить ее. Некоторые товарищи Пророка, и между ними Али, передают, что однажды Пророк явился, держа в одной руке кусок шелка, а в другой — кусок золота, и сказал: «Оба эти предмета запрещены мужчинам моего племени, но разрешены женщинам».

¹ Дословно — примерное лицо, отличающееся святостью характера.

Дозволяются украшения из шелка. Небольшое количество шелка, шириною например, в три или четыре пальца, употребляемое для оборки или оторочки платья, разрешается. Передают, что Пророк запретил ношение шелка, за исключением полосы шириною в три или четыре пальца, вставленной в платье. Сам Пророк носил мантию с шелковой каймою.

Шелковая подушка разрешается. По Абу Ханифе, разрешается сделать подушку из шелка и спать на ней. Оба ученика утверждают, что это непристойно; и то же разногласие существует относительно шелковых занавесок для дверей. Доводы обоих учеников по этому предмету двоякого рода. Во-первых, употребление шелка вообще запрещено Пророком. Во-вторых, употребление шелковых подушек и занавесок в обычае гордых, а подражание им запрещено. С другой стороны, Абу Ханифа ссылается на то, что Пророк сидел на шелковой подушке и что такая же лежала на диване Абдуллы-Ибн-Аббаса.

Равно как и шелковая одежда воинам. По мнению обоих учеников, воинам дозволяется во время войны носить шелковую или атласную одежду. Существует предание, передаваемое Шааби, что Пророк дозволил ношение шелка во время сражения. Оно некоторым образом необходимо, будучи лучшим средством противодействия сильному давлению вооружения и вызывая ужас в глазах неприятеля. Абу Ханифа, напротив, полагает, что это непристойно, потому что предания, на которых основана незаконность ношения шелка, абсолютны и не отличают периоды и события, какова война и т.п., а необходимость может быть удовлетворена одеждою из махлута, то есть ткани, имеющей уток из шелка, а основу из чего-либо другого. Употребление шелка и всех других запрещенных вещей разрешается только в случае необходимости; предание, передаваемое Шааби, относится к одежде из махлута.

Или одежда из полусукна. Одежда из сукна, уток которого состоит из шелка, а основа из чего-либо другого, например, шерсти или бумаги, разрешается к ношению во время войны ввиду необходимости; но она непристойна во всех других случаях, ибо тогда в ней нет необходимости. То же правило относится к ткани, основа которой из шелка, а уток — из шерсти или бумаги.

Раздел III. Об украшениях

Мужчины не должны носить украшений из золота или серебра, кроме как на перстнях с печатью, кушаках и мечях. Запрещается употребление украшений из золота, каковы кольца и т.п., ввиду изречения Пророка по этому предмету. Равным образом незаконны украшения из серебра, ибо серебро в сущности то же самое, что золото. Однако исключение допущено для перстней с печатью, кушаков и мечей, так как употребление серебра для украшения их дозволено. В «Джами-ус-Сагире» говорится, что следует употреблять только серебряные кольца, откуда можно заключить, что кольца из камня, железа или меди запрещены. Передают также, что Пророк, увидев медное кольцо на пальце одного человека, сказал: «Я чувствую запах картины» и, увидев на пальце другого человека железное кольцо, сказал ему: «Я вижу на твоём пальце украшение жителей ада». Сказанное здесь относится к круглому ободку, а не к вставке кольца. Посему вставка может быть каменная. Однако прилично, чтобы

мужчины, нося кольца, обращали вставку кольца к ладони руки, а женщины — наоборот, потому что для них кольца считаются украшением. Правители народа и судьи носят кольца лишь потому, что им приходится прикладывать печати. Что касается прочих людей, то лучше, если они никогда не будут носить колец, так как они не имеют основания к ношению их.

Вставка в кольцо может быть из золота. Если кусок золота вставлен в кольцо, то это дозволено, ибо золото есть только принадлежность кольца, как полоса шелка на платье.

В случаях необходимости не следует употреблять золота, когда можно обойтись серебром. По мнению Абу Ханифы, запрещено перевязывать зуб¹ золотой ниткой. Имам Мухаммад утверждает, что против этой практики нечего возразить. Абу Юсуфу приписывают два мнения: одно — соответствующее мнению Абу Ханифы, а другое — мнению имама Мухаммада. Оба ученика в подкрепление своего мнения ссылаются на случай с Арифжой, сыном Ассада, который, потеряв нос вследствие полученной в сражении при Гулабе раны, сделал искусственный нос из серебра. Так как этот нос распространял весьма неприятный запах, то Пророк приказал Арифже сделать другой нос из золота. Абу Ханифа рассуждает, что золото по своей природе незаконно, ввиду чего употребление его разрешается только в случае необходимости; но так как золото может быть успешно заменено серебром, то оно остается в состоянии запрещения. В случае, приведенном выше, необходимость требовала употребления золота, потому что серебро распространяло отвратительный запах.

Дети не должны быть одеваемы с роскошью. Непристойно для всякого одевать своих детей в шелковое платье с золотыми украшениями. Такая одежда запрещена мужчинам, следовательно, им запрещено одевать других таким образом, как незаконно пить кого-либо вином, потому что незаконно пить его.

Пустые излишества не допускаются. Обычай иметь носовые платки, встречающийся весьма часто, непристойен. Многие, однако, полагают, что обычай этот не включает в себе ничего непристойного, если оправдывается необходимостью. Это — общепринятое мнение, ибо ношение платков непристойно лишь тогда, когда делается для показа, так же, как способ сиденья с поднятыми до подбородка коленями, обхваченными руками².

Разрешается обвязывать палец шнурком или одевать кольцо для памяти относительно дела, касающегося другого лица.

Раздел IV. О половых сношениях и о взглядах и прикосновении к людям

Мужчины не должны глядеть на чужих женщин, кроме как в лицо, на руку или на ногу. Не дозволяется мужчинам смотреть на чужих женщин, кроме как в лицо или на кисть руки. Женщины часто работают вместе с мужчинами, передавая или беря друг

¹ Это, может быть, относится к вставлению нового зуба взамен потерянного.

² То есть когда кто-либо сидит таким образом для показа, то это непристойно; но разрешается сидеть таким образом для отдыха.

у друга что-либо; покрытие упомянутых частей причиняло бы им большое неудобство, почему необходимо оставлять эти части открытыми. Передают мнение Абу Ханифы, что дозволено глядеть на ноги женщины, так как иногда к тому представляется случай. Сохранилось также предание об Абу Юсуфе, что смотреть на плечо равным образом разрешается, потому что оно, в силу обычая, также остается непокрытым. Если, однако, мужчина не свободен от побуждений похоти, то не дозволяется глядеть даже в лицо женщины, за исключением случаев крайней необходимости.

Мужчина (если он молод) не должен дотрагиваться до чужой женщины. Мужчине не дозволено дотрагиваться до руки чужой женщины, хотя бы он был господином над своею похотью, потому что Пророк сказал: «Кто прикоснется до чужой женщины, того рука будет сожжена горящими угольями в день суда». При этом, однако, предполагается, что женщина молода; если она стара, так что не чувствительна к похоти, то дозволяется прикасаться к ней во время приветствия; или когда мужчина, будучи стар, не испытывает страсти и не способен возбудить ее в женщине, то ему дозволяется прикасаться к женщине.

До ребенка женского пола можно прикасаться и на него можно смотреть. Разрешается прикасаться и смотреть на молодых девочек, в которых половое чувство еще не пробудилось, ибо в этом случае нет опасности соблазна.

Правила, которые должен соблюдать судья в отношении женщин при исполнении судебных обязанностей, или свидетель. Казий может смотреть в лицо чужой женщине, когда он постановляет о ней приговор, несмотря на опасность возбуждения похоти; он принужден поступать таким образом при постановлении приговора, чтобы не повредить правам людей. Свидетели подвержены той же необходимости при даче показаний; и потому им также разрешается смотреть в лицо чужой женщине, когда они дают показания относительно нее. Однако не разрешается глядеть с целью дать показание, когда есть опасение возбудить похоть, ибо могут быть найдены другие свидетели, свободные от таких вожелений. Довод этот неприменим, когда показание дается в действительности.

Можно смотреть на женщину с намерением жениться на ней. Мужчина может смотреть на женщину, на которой имеет намерение жениться, хотя бы он знал, что это возбудит в нем страсть.

Правила, которые должен соблюдать врач при лечении женщин. Врач, леча чужую женщину, может смотреть на больное место. Лучше, однако, если он укажет другой женщине, как давать лекарство, ибо то обстоятельство, что лицо одного пола смотрит на лицо того же пола, не имеет большого значения. Если он не может найти подходящую женщину для указания способа лечения, то должен покрыть все члены женщины, за исключением больного места, когда необходимо смотреть на него, покрыв это место насколько возможно, ибо, что разрешается лишь по необходимости, тем следует пользоваться со всевозможными ограничениями. Равным образом мужчине разрешается, когда он ставит клистир другому мужчине, смотреть на надлежащее место.

Мужчина может смотреть или прикасаться до любой части тела другого мужчины, исключая его наготы. Мужчина может смотреть на любую часть тела другого мужчи-

ны, за исключением части ниже пупка до колена, потому что Пророк сказал: «Нагота мужчины простирается от пупка до колена». А так как в другом предании говорится: «Ниже пупка», то отсюда можно заключить, что пупок не включен сюда, но колено включено. Однако при этом соблюдается постепенность: выставление колена не столь важно, как выставление бедра, а выставление бедра не столь важно, как выставление положительной наготы или детородных частей. Посему человек подлежит легкому выговору, когда выставит колено; более суровому обращению — когда оставит непокрытым бедро; а в случае выставления детородных частей должен быть принужден посредством наказания к покрытию их.

До тех частей мужчины, на которые другой мужчина может смотреть, он может и прикасаться, ибо зрение и осязание тех частей тела мужчины, которые не составляют наготы, рассматриваются в одном свете.

Женщина также может смотреть на любую часть мужчины, исключая его наготы (если только она свободна от похоти). Женщины могут смотреть на мужчину, за исключением пространства между пупком и коленом, если только они свободны от похоти, ибо не делается различия между мужчинами и женщинами при лицезнении не-секретных частей, как и при лицезнении одежды и четвероногих. (В «Мабсуте» при рассуждении о гермафродитах приводится, что женщина, глядящая на чужого мужчину, имеет сходство с мужчиною, глядящим на свою родственницу; в каковом случае он не должен глядеть на ее спину или живот, чтобы этим не возбудить страсти). Однако если женщина охвачена страстью, или возбуждает сильное опасение, что лицезрение мужчины вызовет в ней таковую, или вообще не уверена в противном, то приличнее, если она закроет глаза и будет избегать смотреть на чужого мужчину; и равным образом мужчина в подобном положении должен закрыть глаза и не смотреть на чужую женщину. Так как похоть имеет сильную власть над женщиною, то предполагается, что она постоянно действует на нее; и когда мужчина также подвержен этой страсти, то она существует с обеих сторон; а это составляет серьезное основание считать взгляды их друг на друга незаконными. Другое дело, когда под влиянием страсти находится только женщина, а не мужчина: тогда нет одинаково веской причины считать лицезрение незаконным, так как лишь одна сторона находится под влиянием страсти.

Или на те же части тела другой женщины. Женщине дозволяется смотреть на любую часть тела другой женщины, за исключением части ниже пупка до колена. Это — согласно одному преданию, касающемуся Абу Ханифы; но, по другому преданию, лицезрение одною женщиною другой равносильно лицезнению мужчиною своей родственницы, то есть им не дозволяется смотреть на спину или живот. Первое предание, однако, более авторитетно.

Мужчина может глядеть на любую часть тела своей жены или рабы. Мужчина может глядеть на всякую часть тела своей девушки-рабы, если только он не родственник ее в запрещенной степени; также может глядеть и на свою жену, даже на детородные ее части, если хочет, потому что Пророк сказал: «Закрывайте свои глаза перед всеми, кроме своих жен и рабынь». Тем не менее, приличнее, если ни муж, ни жена не станут глядеть на детородные части друг друга, ибо Пророк сказал: «Когда

вы имеете половое сношение с женщинами своего племени, должны скрываться как можно более, и не будьте тогда голыми, так как это слишком походит на обычай ослов».

Мужчина может глядеть на свою родственницу. Мужчина может глядеть на лицо, плечо или ноги своей родственницы. Так как в обычае у родственников посещать друг друга без предупреждения и без стеснения и так как женщины дома обыкновенно носят одежду, приспособленную к работе, то если бы лицемерие упомянутых частей было незаконно, оно причинило бы им слишком большое стеснение. Иначе — в отношении других частей тела, и отсюда вытекает незаконность лицемерия спины или живота. (Следует заметить, что под употребленный здесь термин «родственник» подходят всякие лица, между которыми брак при всяких обстоятельствах незаконен вследствие кровного родства или свойства).

Родственники и родственницы могут прикасаться друг к другу (если нет опасения возбудить страсть). До всякой части тела родственника, на которую дозволяется глядеть, можно и дотрагиваться, если только нет опасности возбудить страсть, в каком случае не одобряется ни лицемерие, ни прикосновение.

Или сидеть наедине, или путешествовать вместе. Нет ничего неприличного, когда мужчина сидит наедине со своею родственницею или путешествует с нею, ибо Пророк сказал: «Ни одна женщина не должна путешествовать более трех дней и трех ночей, если не путешествует вместе со своим мужем или родственником; и если в этом случае женщине представляется необходимость сесть на лошадь или сойти с нее, то мужчина может, помогая ей в этом, дотрагиваться до ее спины или живота, если таковые покрыты и если он хозяин своих страстей; иначе он должен остерегаться прикосновения к ней».

Мужчина может глядеть на чужую рабу так же, как на свою родственницу. На те же части, на которые мужчина может смотреть у своей родственницы, он может смотреть и у чужой рабы, будь она полная раба, мудаббара, мукатаба или умми-валяд. Так как раба принуждена носить платье, приспособленное к ее работе, чтобы исполнять дело своего господина и услуживать его гостям, то ее положение вне дома в отношении постороннего человека то же самое, как и положение свободной женщины вне дома в отношении ее родственника. Что касается нахождения наедине или путешествия с чужою рабою, то многие говорили, что это разрешается так же, как и с родственницею. Некоторые, напротив, находят это неприличным как не оправдываемое необходимостью. Имам Мухаммад в «Мабсуте» сказал, что помогать женщине, когда она садится на лошадь или сходит с нее, разрешается, если только того требует необходимость.

И может также прикасаться к ней, когда намерен купить ее. Мужчина может прикасаться к рабе, когда имеет намерение купить ее, хотя бы представлялась опасность возбудить похоть. Так говорится в сокращении «Кудури». Имам Мухаммад в «Джами-ус-Сагире» высказывает по этому предмету такое же абсолютное мнение, не принимая во внимание опасности возбудить похоть. Оба ученика утверждают, что хотя в силу необходимости можно глядеть на девушку-рабу при покупке ее, несмотря на опасность возбуждения похоти, однако неприлично прикасаться к ней под влияни-

ем страсти или когда есть повод опасаться ее возбуждения. В случае отсутствия страсти они считают дозволенным как прикасаться к ней, так и глядеть на нее.

Взрослая раба должна быть одета в приличное платье. Когда раба достигнет зрелости, неприлично оставлять ее в одних панталонах; напротив, требуется, чтобы она имела два покрова, для того чтобы спина и живот были прикрыты, потому что они могут быть рассматриваемы как секретные части. Кроме того, приводят мнение имама Мухаммада: когда раба достигнет зрелости, то она не должна показываться в одних панталонах, так как это может возбудить похоть.

В отношении этих правил не делается различия между евнухом или гермафродитом и женщиною. Хусия, или простой евнух, рассматривается как мужчина, ввиду чего все, запрещенное мужчине, запрещено и ему, ибо он не лишен способности к совокуплению. То же самое следует сказать о мажбубе, или полном евнухе, ибо и он способен произвести трение и испустить семя, равно как гермафродит, ибо это — недоразвитый мужчина.

Раб может глядеть только в лицо и на руки своей госпожи. Раб может глядеть только на лицо и на кисть руки своей госпожи, равно как и чужой женщины. Имам Малик утверждает, что раб находится в положении родственника в запрещенных степенях (и таково же мнение имама Шафии), потому что госпожа принуждена допускать его часто в свою комнату без предупреждения с ее стороны. Наши ученые, доказывают, что раб есть мужчина и не состоит с нею в родственной связи ни в качестве родственника, ни в качестве мужа; что в нем может быть возбуждена страсть к его госпоже, так как между ними возможен брак (в случае отпущения раба на волю), и что ему нет необходимости приближаться к ней без позволения, так как работа раба собственно производится вне дома.

Мужчина может удовлетворить свою страсть к своей рабе каким угодно образом. Мужчина может совершить акт азила со своею рабою без ее согласия, между тем как для совершения этого акта с женою требуется ее согласие. Причина этого та, что Пророк запретил совершать акт азила с свободною женщиною без ее согласия, но дозволил господину совершать этот акт с своею рабою. Кроме того, половая связь составляет право свободной женщины ради удовлетворения своей страсти и деторождения (ввиду чего женщина вправе отвергнуть мужа-евнуха или неспособного), между тем как раба не обладает таким правом. Мужчина не может нарушать право своей жены, между тем как право господина над рабою абсолютно. Равным образом, если мужчина вступает в брак с чужою рабою, он не должен совершать с нею акт азила без согласия ее господина.

Раздел V. Об истибре, или ожидании очищения женщины

Мужчина не должен иметь связи с купленною им рабою до истечения одного периода очищений. Когда мужчина купит рабу, то ему не разрешается пользоваться ею или прикасаться к ней, или целовать ее, или глядеть на ее детородные части с вожделем до ее истибра, или очищения, впервые следующего за покупкою. Когда пленные, взятые в сражении при Автассе, были приведены, Пророк приказал, чтобы ни-

кто не имел совокупления с беременными женщинами до разрешения их от бремени или с другими — до первой менструации. Это доказывает, что такое воздержание обязательно для собственника и что приобретение права собственности и владения делает это воздержание обязательным. Цель этого запрещения заключается в том, чтобы удостовериться, не имело ли уже место зачатие, чем устраняется недоверие происхождения.

Но правило это касается только покупателя, а не продавца. Воздержание до очищения обязательно для покупателя, но не продавца. Настоящая причина необходимости этого правила есть желание совокупления; а так как желание это предполагается у покупателя, а не у продавца, то соблюдение этого правила предписано первому, а не последнему. Если желание есть внутреннее состояние души, то налагаемое законом обязательство основано на присутствии такого желания. Но простая возможность совершения полового акта есть доказательство желания его; а так как возможность эта устанавливается только правом собственности и владением, то отсюда следует, что собственность и владение составляют повод этого обязательства воздержания. Посему этот закон простирается на право собственности, каким бы способом оно ни было приобретено — куплею, дарением, отказом, наследством, договором и т.д., ввиду чего это воздержание предписано лицу, купившему рабу от малолетнего, или женщины, или раба, которому разрешено торговать¹, или от лица, которому законом запрещено иметь с нею половые сношения. Равным образом это воздержание обязательно, когда кто-либо покупает рабу-девственницу, ибо закон основывается на существовании повода, вызвавшего его, а не на существовании известного качества или возможности, так как это относится к внутренним неизвестным обстоятельствам.

Купив рабу во время ее очищений, покупатель должен ждать другого периода очищений. Если кто-либо покупает рабу во время ее менструации, то это очищение не имеет никакого значения относительно воздержания. Равным образом не имеет значения менструация, которая случится в промежуток времени между вступлением во владение и возникновением права собственности по покупке и т.п.; и также не имеет значения разрешение рабы от бремени в промежуток времени между установлением на нее права собственности и вступлением во владение (в противоположность, впрочем, мнению Абу Юсуфа). Это основано на том, что возникновение права собственности и владения составляет причину требования очищения, и обязанность соблюдать это правило есть следствие права собственности и владения; а следствие не может иметь места до наступления причины. То же правило применяется к таким месячным очищениям, которые случаются до утверждения неразрешенной продажи рабы, хотя бы покупатель вступил во владение ею; также когда очищение случится после овладения в случае незаконного договора продажи и до покупки рабы по законному договору. Ни в одном из этих двух случаев присутствие менструации не вызывает воздержания.

¹ Предполагается, что раб, которому разрешено торговать, не в праве иметь половые сношения с рабой, так как имущество, которое он продает или покупает, считается собственностью его господина.

Лицо, покупающее долю своего совладельца в рабе, должно ждать следующих очищений. Воздержание требуется, когда один из двух совладельцев рабы покупает долю другого, ибо здесь имеется полное основание, а при полноте основания наступает последствие.

Другие правила, которые следует соблюдать в отношении рабынь. Если кто-либо купит рабу, принадлежащую к секте магов, или получит ее в дар и она после поступления в его владение будет иметь менструацию, а затем перейдет в мусульманство, или если кто-либо купит рабу и сделает ее мукатабою, а она после поступления в его владение и после менструации окажется не в состоянии заплатить выкуп, то эти менструации достаточны для установления требуемого очищения, так как они случились после возникновения причины ожидания, именно — права собственности и владения.

Когда раба, убежав, возвратится к хозяину, или когда кто-либо отнимет ее или отдаст внаймы, а затем возвратит, или когда она будет отдана в заклад, а затем выкуплена, то воздержания не требуется, ибо причины такового (приобретение собственности и владения) не существует ни в одном из этих случаев.

Когда акт совокупления незаконен, то всякие возбуждения к нему запрещены. Во всех случаях, когда предписано воздержание и совокупление запрещено, всякого рода завлечение и нежности, каковы поцелуи и объятия, равно запрещены, ибо это ведет к совершению незаконного акта. К этому следует прибавить возможность совершения такого акта над чужою собственностью, что может случиться, когда раба окажется с ребенком и продавец заявит притязание на нее. (Передают мнение имама Мухаммада, что дозволяется ласкать пленную девушку-рабу).

Беременные женщины очищаются разрешением от бремени, а не достигшие зрелости девушки — истечением одного месяца. Очищение беременной рабы устанавливается разрешением от бремени, а очищение девушки, не имеющей еще менструаций, истечением месяца, ибо этот промежуток времени заменяет в отношении таких девушек менструацию так же, как относительно женщины в период иддата¹. Если, однако, менструация обнаружится до истечения месяца, то очищение путем истечения месячного срока не может иметь места ввиду наступления основного обстоятельства до осуществления цели, для которой допущено заменяющее обстоятельство.

Правило относительно зрелых женщин, не имеющих менструации. Если менструация не наступает у рабы, которая по своему возрасту должна иметь ее, то следует воздерживаться от всякой половой связи с нею, пока не обнаружится, что она не беременна, после чего связь с нею становится законною. (Это мнение приводится, как исходящее от Абу Ханифы, в «Захири-Риваяте», причем не определяется никакого срока).

¹ Здесь, кажется, допущена небольшая неточность в тексте, так как время иддата для рабы, не подверженной менструации, равняется полутора месяцам.

Средства обхода предписания о воздержании. По Абу Юсуфу, дозволяется известными способами обходить предписание о воздержании, в противоположность мнению имама Мухаммада. Доказательства каждого из них по этому предмету уже были изложены в книге о шифате. Мнение Абу Юсуфа было принято казиями в их решениях, когда оказывалось, что продавец не имел половых сношений с рабой после менструации, предшествовавшей продаже; и решали согласно с мнением имама Мухаммада, когда установлено было противное. Средство обхода в случае, когда покупатель не женат на свободной женщине¹, может заключаться в том, что он сперва женится на рабе, а затем покупает ее². Если, напротив, он уже женат на свободной женщине, то средство заключается в том, что продавец до продажи или покупатель — до вступления во владение отдает рабу замуж за другое лицо (на которое можно положиться в том, что оно не будет иметь с нею совокупления и даст ей развод); и затем подлежащее лицо покупает рабу в первом случае или вступает во владение ею — во втором, а муж дает ей развод. Так как покупщику было запрещено иметь с рабой сношение, когда причина воздержания начала действовать (то есть когда он впервые получил право собственности и владения), то никакого воздержания не требуется после того, как раба стала для него законною, ибо обращается внимание на время и обстоятельства, при которых причина возникла; таким же образом как если кто-либо покупает и вступает во владение рабой, находящеюся в периоде иддата, в каком случае после истечения иддата более не требуется воздержания, так как раба не была законна для покупателя во время возникновения причины.

Лицо, произносящее зихар, должно совершенно воздерживаться от сношений со своею женою, пока не совершит искупления. Не дозволяется лицу, произнесшему поносительные слова против своей жены, смотреть на ее детородные части с вождением, или иметь с нею половое сношение, или целовать ее и прикасаться к ней, пока не совершит искупления. Так как он не вправе иметь с нею совокупление до совершения искупления, то, следовательно, для него незаконно и ласкать ее, ибо причина незаконного акта равно незаконна; так же, как в случаях итикафа³ и ихрама или когда кто-либо по ошибке имеет половое сношение с чужою женою, в каком случае она должна соблюдать иддат, в течение которого муж ее не может иметь с нею совокупления и ему не разрешается то, что возбуждает к совокуплению. Другое дело — во время менструации или поста: хотя совокупление в это время запрещено, но ласки законны, потому что менструации бывают часты и продолжительны, отнимая большую часть жизни. Равным образом постные дни продолжены, по божескому предписанию, до одного месяца, и у благочестивых лиц, по добровольному решению, за-

¹ Это условие ставится здесь потому, что незаконно для мусульманина жениться на рабе, когда он прежде уже женился на свободной женщине.

² Здесь предполагается, что брак освобождает от обязанности воздержания.

³ Итикаф есть суровый религиозный обычай, практикуемый наиболее благочестивыми мусульманами в последние десять дней месяца рамазана: они остаются в течение этого времени в мечети, оставляя ее только для удовлетворения самых настоятельных потребностей природы и воздерживаясь в это время от всяких удовольствий.

нимают значительную часть жизни. Ввиду чего, если бы ласки были запрещены в течение этого времени, то это слишком стеснило бы людей в их удовольствиях.

Лицо, ласкающее двух рабынь-сестер, должно удалить одну из них прежде совокупления с другою. Если кто-либо, побуждаемый страстью, станет целовать двух рабынь-сестер, то ему не дозволено иметь половую связь с одною из них или целовать, прикасаться или глядеть с вожделением на детородные части одной, пока не сделает другую незаконною для себя или передав ее в собственность другому лицу каким угодно способом, или отдав ее замуж за другого, или отпустив ее на свободу, ибо незаконно ни иметь половую связь, ни ласкать (например, целовать или обнимать) двух сестер. Но как только одна из них станет незаконною, пользование другою становится дозволенным. (В этом случае передача части рабы равносильна передаче всей рабы в отношении незаконности пользования ею¹, равно освобождение ее или поставление в положение мукатабы — в части.) Если, напротив, он отдаст одну из них внаймы или в заклад или сделает ее мудаббарою, то другая не становится для него законною, так как этими актами не передается право собственности. Если он отдаст одну из них замуж за кого-либо по недействительному договору, то этим не приобретает права пользования другою, разве муж первой совершит с нею брачное совокупление, в каковом случае она подлежит иддату, а это равносильно законному браку в том отношении, что делает пользование ею для бывшего ее господина незаконным. Равно, если он однажды имел половое сношение с одною из них, то может и далее делать это; но он не может уже затем вступать в связь с другою, ибо иначе это значило бы иметь связь с двумя сестрами, что незаконно; но следствие это не вытекает из связи с одною из них.

Вообще, две женщины, состоящие друг с другом в такой степени родства, что не могут вступить в брак с одним лицом, рассматриваются как сестры и, следовательно, подлежат правилам, изложенным в предыдущем примере.

Мужчины не должны целовать или обнимать друг друга. Непрстойно для мужчины целовать другого в лицо, в руку или в другое место; равно непрстойно мужчинам обниматься. Тахави передает, что таково мнение имамов Абу Ханифы и Мухаммада. Абу Юсуф не считает неприличным для мужчины целовать или обнимать другого, ибо передают, что когда Джаффар приехал из Абиссинии, то Пророк обнял его и поцеловал между глаз. Имамы Абу Ханифа и Мухаммад подкрепляют свое мнение ссылкой на предание о том, что Пророк запретил как поцелуи, так и объятия. Что же касается приведенного Абу Юсуфом факта, то его следует объяснить тем, что он имел место до запрещения. Законоведы, однако, говорят, что это разногласие между нашими учеными относительно объятий касается лишь того случая, когда мужчины не вполне одеты, например, когда они в одних подштанниках, но что эти акты законны, по мнению всех наших ученых, когда стороны одеты в нижнее и верхнее одеяние. Это наиболее распространенное учение.

¹ То есть одна из сестер одинаково станет незаконною (или запрещенною) для него (следовательно, связь с другою сестрою станет законною) путем продажи или вообще передачи права собственности в части как и путем полной передачи права собственности.

Но они могут соединять руки. Соединение рук для приветствия дозволено, ибо Пророк сказал: «Кто соединит свою руку с рукою своего брата-мусульманина и потрясет ее, тому будут прощены его грехи».

Раздел VI. О правилах, подлежащих соблюдению при продаже

Навоз может быть продаваем, но не человеческие испражнения. Нет ничего неприличного в продаже навоза, но непристойно продавать человеческие испражнения. Имам Шафии утверждает, что продажа навоза непристойна, так как навоз подобен человеческим испражнениям или невыделанной коже мертвого животного. Ханифиты доказывают, что из навоза можно извлекать доход, так как им обыкновенно удобряется земля, чтобы она была плодороднее. Навоз дает доход, следовательно, составляет имущество, продажа которого законна.

Если они не смешаны с глиною. Другое дело — испражнения: они не дают дохода, если не смешаны с глиною, в каком случае продажа их становится законною¹, по общепринятому мнению имама Мухаммада.

Можно купить рабу и иметь с нею сношение на основании удостоверения продавца относительно ее. Когда кто-либо видит, что другое лицо продает рабу, которая, как ему в то время известно, принадлежит третьему лицу, а продавец удостоверит, что «он был уполномочен этим лицом распорядиться ею», то он вправе купить ее и иметь с нею половое сношение, ибо слово человека, хотя бы и не почтенного, может быть принято в делах временного характера, если только нет никого, кто поколебал бы веру в его свидетельство. То же правило применяется, когда продавец утверждает, что получил ее в дар от другого лица или что он купил ее у него; с тою, однако, разницею, что продавец должен быть лицом почтенным и заслуживающим веры или же, если он и не заслуживает веры, но покупатель верит, что он говорит правду; но если он не верит ему, то не вправе купить рабу. Правило то же самое, когда покупатель, не зная рабы, будет поставлен в известность продавцом, что «она принадлежит другому лицу, которое уполномочило его продать ее» или что «он купил ее от такого-то лица». С другой стороны, если он, зная, что раба была во владении другого лица, не будет поставлен в известность продавцом, каким образом он приобрел над нею право собственности, до разъяснения этого обстоятельства не может купить ее, ибо нахождение ее во владении другого доказывает, что она составляла собственность этого другого. Если, напротив, он не знал, что она составляла собственность другого, то вправе купить ее, хотя бы продавец пользовался дурною славою, ибо владение, даже в руках недобросовестного человека, свидетельствует о праве собственности; а подозрение или основанное на вероятности заключение теряют всякую силу во всех случаях, когда может быть приведено законное доказательство. Однако когда представляется вероятным, что продавец не есть собственник рабы, то более благоразумно воздержаться от покупки ее. Тем не менее, когда покупка совершена, есть

¹ Потому что в этом случае продается глина, или удобрительное средство, а испражнения являются лишь принадлежностью.

основание рассчитывать на законность ее, так как она основана на законном доказательстве.

Но если продавец — раб, то следует принять меры предосторожности. Но если лицо, предлагающее рабу, сам раб или раба, то не следует ни принимать ее, ни покупать до выяснения обстоятельств, ибо собственность не может быть собственником, и очевидно, что раба принадлежит другому лицу. Если, однако, продавец заявит ему, что «его господин разрешил ему продать ее», то заявление его может быть принято, если только раб — лицо почтенное и заслуживающее веру; в противном же случае покупатель должен руководиться вероятностью; а если у него нет данных для составления себе какого-либо благоприятного или неблагоприятного мнения о продавце, то он не должен покупать рабу или принимать заявление продавца относительно ее.

Женщина может вступить в брак (по соблюдении илдата), получив достоверные сведения о своем вдовстве или разводе. Если лицо почтенного и заслуживающего доверия характера уведомит женщину, что ее отсутствующий муж умер или дал ей развод трижды, или если лицо отверженное доставит ей письмо от мужа, в котором он уведомляет ее, что дал ей развод, и она, не зная наверно, было ли письмо написано ее мужем, тем не менее поверит этому, то она может совершить иддат и затем вступить в брак, ибо в этом случае обнаружилось обстоятельство, разрушающее прежний брак, и никто не возбудил сомнения в действительности этого обстоятельства. Равным образом, если женщина заявит мужчине, что ее муж дал ей развод и что установленное время воздержания прошло, мужчина вправе жениться на ней. Также если женщина заявит своему прежнему мужу, который дал ей развод трижды, что «после истечения ее илдата она вступила в брак с другим, с которым имела половые сношения, и что этот последний дал ей развод, после чего она вновь совершила иддат», то первый муж вправе вновь жениться на ней. Тот же закон применяется, когда женщина уведомит кого-либо, что, быв рабою, она получила свободу.

Заявление, клонящееся к уничтожению брака, не имеет значения, если не подтверждено свидетелями. Если кто-либо заявит женщине, что ее брак был ничтожен с самого начала, так как ее муж в момент бракосочетания был вероотступником или ее молочным братом, то этому заявлению не следует верить, если оно не подкреплено показанием двух мужчин или одного мужчины и двух женщин. Равным образом, если кто-либо заявит другому лицу, что его жена во время бракосочетания была вероотступницей или что она его молочная сестра, то он не вправе вступить в брак с сестрою этой женщины, пока упомянутое заявление не будет подкреплено свидетельством двух почтенных мужчин, ибо здесь мужу заявляется о незаконном обстоятельстве, сопровождавшем брак, между тем как исполнение им брачного договора составляет доказательство в пользу его действительности. Случай представляется, однако, иным, если лицо, вступив в брак с ребенком, будет поставлено в известность, что ребенок этот после заключения брака сосал молоко его (мужа) матери или сестры. Этому заявлению следует верить, так как здесь препятствие к браку возникло после заключения такового и не сопровождало его заключение; а исполнение договора, предшествуя обстоятельству, делающему его незаконным, не служит доказательством несуществования этого обстоятельства.

Мужчина не вправе жениться на рабе на основании заявления ее о том, что она свободна. Если девушка, настолько молодая, что не может дать о себе сведений, находится во владении мужчины, который утверждает, что она составляет его собственность, и затем, достигнув зрелости, встретит в другом городе мужчину, знавшего ее ранее, и скажет ему, что «она свободная женщина», то он не вправе, основываясь на ее словах, жениться на ней, так как существует доказательство против истины этих слов, именно — факт нахождения ее во владении другого.

Мусульманину не дозволяется платить свои долги путем продажи вина, но христианин может платить свои долги таким образом. Если мусульманин, обремененный долгами, станет продавать вино, то его кредитору непристойно принимать платеж полученными таким образом деньгами; но если должник — христианин, то можно принять эти деньги. Причина этого различия та, что в первом случае продажа была недействительна, так как вино не может быть предметом оборота для мусульман и посему цена его, составляя собственность покупателя, не может быть законным образом получена в платеж. В последнем случае, напротив, продажа была законна, так как вино составляет предмет оборота для христиан; следовательно, цена его составляет собственность продавца и уплата долга этою ценою законна.

Непристойно монополизировать необходимые жизненные припасы или скупать товар. Непристойно монополизировать¹ необходимые жизненные припасы и корм для скота в городе, где это может оказаться вредным для населения. Равным образом непристойно перекупать, например, когда кто-либо оставляет город и идет навстречу каравану с намерением купить товар и сложить его для хранения. Действие это безразлично, но если не клонится к чьему-либо вреду. Доказательством служит предание о Пророке, который сказал: «Благословен джалиб и проклят скупщик». (Под джалибом следует понимать купца, предлагающего к продаже верблюдов, коз и т. п.). Другое доказательство заключается в том, что с зерном связано право каждого, ввиду чего изъятие зерна из продажи есть вторжение в публичное право и причина недостатка в необходимых для каждого жизненных припасах. Такое действие непристойно, когда последствия его распространяются на народ, что бывает, когда монополизация происходит в небольшом городе. Иное, однако, дело, когда она не причиняет населению вреда, например, когда она происходит в большом городе. Тот же закон применяется и к случаям перекупки. Ученые замечают, что это относится к тому случаю, когда покупщики не скрывают от купцов рыночные цены и не вводят их в заблуждение относительно этих цен; если же они делают это, то перекупка товара непристойна независимо от того, причиняется ли ею вред населению или нет. Ограничение термина «истикар» необходимыми жизненными припасами и кормом для скота основано на мнении Абу Ханифы. Абу Юсуф объявил, что накопление чего бы то ни было, имеющее дурные последствия для оборота, хотя бы это были такие предметы, как золото, серебро или платье, подходит под понятие монополизации. Напротив, передают мнение имама Мухаммада, что изъятие из обраше-

¹ Арабское «истикар». В буквальном смысле это слово означает складывание чего-либо, а на языке закона — покупку зерна или других жизненных припасов и хранение их с целью возвысить цену.

ния платья не составляет монополизации. Отсюда явствует, что, по Абу Юсуфу, для установления монополизации следует принимать во внимание наличие вреда вообще, который и составляет причину непристойности монополизации; между тем как, по Абу Ханифе, имеет значение особый род вреда. Решения постановляются согласно последнему мнению. Следует заметить, что если время изъятия из оборота коротко, то это не составляет монополизации, так как не причиняет вреда. Если, напротив, время изъятия продолжительно, то последнее становится монополизацией, так как имеет вредные последствия. Некоторые утверждают, что под продолжительным периодом следует понимать время по крайней мере в сорок дней ввиду изречения Пророка: «Воистину, кто накопит съестных припасов на сорок дней, находится в противоречии с Богом, а Бог — в противоречии с ним». Другие говорят, что месяц есть продолжительное время, а период меньше месяца есть короткое время, и что степень вины растет пропорционально нуждам населения и степени производимого монополизацией голода. Третьи же говорят, что хотя существует определенный период для признания монополизации наказуемой в сем свете, но она преступна как бы ни было коротко время существования ее. Словом, нехорошо торговать¹ зерном или этого рода товаром.

Но разрешается монополизировать произведения своей земли или товар, привезенный монополизатором из отдаленной местности. Если кто-либо станет накапливать зерно, собранное с его собственной земли или привезенное им из другого города, то это не считается непристойною монополизацией. В первом случае зерно это составляет исключительное право его, котором не участвует остальное население; он был вправе не сеять, он вправе не продавать урожай. Монополизация не имеет места и во втором случае, по Абу Ханифе, так как право населения простирается только на то, что собрано в стране или вывезено туда из ее колоний. Напротив, Абу Юсуф считает такие действия непристойными, потому что предание в этом отношении абсолютно. Равным образом имам Мухаммад объявил, что всякое место, из которого часто доставляется зерно в известный город, может считаться как бы колонией этого города и что монополизация всего того, что доставляется из такого места, запрещена, потому что с этим связаны права населения. Другое, однако, дело, когда товар привозится из такого отдаленного места, из которого его обыкновенно не привозят: в этом случае права общежития не затрагиваются.

Правители народа не должны устанавливать цен. На правителях народа не лежит обязанности устанавливать цены, подлежащие уплате населением. Пророк запретил это, сказав: «Не устанавливайте цен, так как они определяются Богом». Цена составляет право купца и мера ее предоставлена ему; правителям же не предоставлено вторгаться в такие права.

Кроме случаев необходимости. За исключением случая, когда общественному благу грозит непосредственная опасность.

¹ Под словом «торговать» здесь понимается не простая купля и продажа, но обычай купцов хранить товар в ожидании удобного случая продать таковой с наибольшею для себя выгодой.

Монополизатору предписывается продать излишние запасы. Если лицо, виновное в монополизации, будет приведено к казию, то он должен предписать ему продать излишек сверх того, что вполне достаточно для содержания его самого и семьи, и должен запретить ему на будущее время подобные действия; если засим лицо это снова станет монополизировать, то казий может подвергнуть его наказанию по своему усмотрению.

Если обнаружится стачка, судья должен установить таксу. Если торговцы съестными припасами, пользуясь народной нуждой, чрезмерно поднимут цену и казий не имеет других средств защитить права народа, то он вправе регулировать цены при помощи опытных и благоразумных лиц. Несмотря, однако, на это, если бы они продолжали продавать зерно по ценам, превышающим установленную, казий должен утверждать продажу и не имеет власти уничтожить ее. Это (по Абу Ханифе), очевидно, потому, что он считает незаконным налагать на свободное лицо принуждение. Это согласно и с мнением обоих учеников, если принуждение не касается определенных лиц, ибо запрещение не допускается, если оно неопределенно.

Вправе ли казий продать зерно монополизатора без его согласия? Некоторые говорят, что в этом отношении существует такое же разногласие, как и по вопросу о продаже имущества должника; другие утверждают, что это законно, по мнению всех наших ученых. Абу Ханифа считает справедливым налагать ограничения на свободное лицо для предупреждения общественного бедствия.

Оружие не должно быть продаваемо мятежникам. Непристойно заведомо продавать оружие во время восстания мятежникам, так как это есть причина бедствия. Если, однако, продавец не знает, что покупатель замешан в мятеже, то он может продать ему оружие.

Сырой фруктовый сок может быть продаваем для выделки из него вина. Нет ничего непристойного продавать сок фиников или винограда лицу, которое, как известно продавцу, намерено изготовить из него вино, ибо зло заключается не в соке, а в жидкости, получаемой после переработки сока. Другое дело — продажа оружия во время мятежа: в этом случае зло установлено и существует в самом предмете, ибо оружие есть средство мятежа и восстания.

Дом может быть отдан внаймы вне города для устройства в нем пагоды или церкви. Если кто-либо отдает внаймы дом, находящийся в деревне или по соседству с городом, для того, чтобы наемщик устроил в нем пагоду или христианскую церковь или продажу вина, то, по Абу Ханифе, это безразлично. Оба ученика считают это неприличным, так как это способствует греху. Абу Ханифа доказывает, что договор заключен с целью получить доход от дома, каковой и возникает непосредственно по передаче дома, что вина заключается только в действии наемщика; и так как он свободный деятель, то вина его не может быть вменяема наймодателю. Причина ограничения места деревней или соседством с городом заключается в том, что незаконно отдавать внаймы дом в городе для одной из вышеупомянутых целей, ибо предполагается, что там сияет свет мусульманской религии, что не всегда бывает в других местах. Ученые, однако, говорят, что это относится только к окрестностям Куфы, ибо там жительствоует много неправовверных; но что во всех других местах, где

преобладает мусульманская религия, это незаконно. Это последнее мнение наиболее согласно с источниками.

Мусульманин может носить вино неправоверному и получать за это вознаграждение. Если неправоверный наймет мусульманина носить вино и затем заплатит ему за труд, то полученные таким образом деньги законны для него. Оба ученика говорят, что это непристойно, так как способствует греху. Пророк (по «Захири-Риваяту») изрек проклятие над десятью лицами, причастными к вину, из которых некоторые носили его. Абу Ханифа доказывает, что грех заключается только в питье вина, что составляет свободное действие лица, употребляющего вино, что перенесение вина вовсе не связано с питьем его и что цель носильщика заключается не в том, чтобы другое лицо пило вино, а в том, чтобы самому получить вознаграждение за свой труд; а что касается вышеприведенного предания, то оно касается лишь случая, когда вино приносится с целью способствовать греху.

Правила относительно земли и домов в Мекке. Нет ничего непристойного в продаже стен домов в Мекке, но непристойно продавать землю, на которой дома стоят. Таково мнение Абу Ханифы. Оба ученика говорят, что земля в Мекке равным образом может быть продаваема; передают также, что и Абу Ханифа согласен был с этим мнением. Однако действительное мнение Абу Ханифы таково, что это непристойно, ибо Пророк сказал: «Мекка священна, и дома в ней не могут быть ни продаваемы, ни передаваемы по завещанию». Мекка священна как принадлежность Каабы, и место, где она находится, в особенности почитается, ввиду чего незаконно охотиться в Мекке, или вырывать терн или траву, которые растут там (если они не завяли и не засохли), или отрясать листья с деревьев.

Непристойно отдавать в аренду землю в Мекке, потому что Пророк сказал: «Кто отдаст в аренду землю в Мекке, виновен в лихве; кто имеет право пользоваться землей в Мекке, пусть живет на ней, а кто владеет большим участком, чем необходимо для его надобности, пусть предоставит излишек другим».

Скрытая лихва непристойна. Если кто-либо берет у купца то, в чем нуждается, и оставляет у него, например, известное количество дарагимов, то он виновен в непристойности, потому что, получая то, в чем нуждается, он извлекает выгоду из ссуды (оставленных у купца дарагимов), а Пророк запретил нам извлекать выгоду из ссуды. Посему он должен сперва положить дарагимы к купцу, а затем брать у него то, в чем нуждается, так как деньги составляют поклажу, а не ссуду, и купец не обязан давать вознаграждение в случае утраты их.

Раздел VII. Разные случаи

Коран должен быть писан без знаков и точек. Непристойно отделять изречения Корана знаками или включать в него точки или краткие гласные. Тем не менее современные ученые говорят, что употребление этих знаков разрешено, когда Коран предназначается для чтения иностранца.

Неправоверные могут входить в священную мечеть. Нет ничего непристойного, если многобожник¹ входит в священную мечеть². Имам Шафии считает это непристойным, а имам Малик говорит, что многобожникам неприлично входить вообще в мечеть. Имам Шафии основывается на том, что Господь сказал в Коране: «Многобожники нечисты, и потому им не следует позволять входить в священную мечеть». Неправоверный никогда не свободен от нечистоты, так как он не совершает омовений, производящих очищение; а нечистому человеку не разрешается входить в мечеть. Те же доводы приводит имам Малик, но он распространяет их на все мечети. Доказательство наших ученых по этому предмету взято из предания о том, что Пророк поместил разных лиц из племени сакиф, которые были неправоверными, в свою собственную мечеть. Кроме того, так как нечистота неправоверного заключается в его неверии, то он не оскверняет мечети. Что касается вышеприведенного текста, то он имеет в виду только надменный и насильственный вход неправоверного в мечеть и обычай, практиковавшийся во времена неведения, ходить вокруг мечети голым.

Непристойно иметь евнухов. Непристойно для мусульманина иметь в услужении евнухов, так как требование на них побуждает людей приводить других в подобное же состояние, что запрещено в священных книгах³.

Разрешается холостить скот. Нет ничего непристойного холостить скот или случать лошадь с ослом, так как это клонится к пользе людей. Кроме того, в «Накли-Сахиha» передается, что Пророк ездил верхом на муле, чего он не сделал бы, если бы такое смешение видов животных было запрещено.

Можно навещать еврея или христианина во время болезни. Нет ничего непристойного посещать еврея или христианина во время болезни — это приносит им утешение, и закон не запрещает нам утешать их таким образом. В «Накли-Сахиha» передается, что Пророк посетил больного еврея, лежавшего по соседству.

Пустые обращения в молитве не допускаются. Непристойно при произнесении молитвы Господу говорить: «Умоляю Тебя славою Твоего неба!» или: «Блеском Твоего трона!». Такого рода оборот привел бы к выводу, что Всемогущий производит свою славу от неба; между тем как небо сотворено, но Бог, со всеми его свойствами, вечен и неизменен. Передают, однако, мнение Абу Юсуфа, что в этом нет неприличия (каковое мнение принято и Абу Лаисом), потому что сохранилось предание, что Пророк обратился с подобною молитвою к Богу. С другой стороны, наши ученые возражают, что это предание недостоверно и что воздерживаться от того, что по-видимому, дурно, более благоразумно и желательно.

Непристойно говорить при молитве: «Умоляю Тебя, Боже, по праву такого-то (называя известное лицо)» или: «По праву такого-то (называя одного из Пророков)»,

¹ Арабское «мушрик», под каковой подходят все те, которые отрицают единство божества, следовательно, христиане (тройственность) так же, как и язычники.

² Это мечеть в Мекке, называемая так потому, что Пророк часто молился в ней.

³ То есть в Коране.

потому что ни одно из созданий не имеет какого-либо права относительно Создателя.

Игра не разрешается. Непристойно играть в шахматы, кости или другие игры, ибо, если есть какая-либо ставка, то это высокая игра, положительно запрещенная Кораном, а если ставки нет, то игра бесполезна и пуста. Пророк объявил все забавы мусульманина суетными, за исключением трех: выездки лошади, стрельбы из лука и развлечений со своими женами. Многие ученые считают, однако, игру в шахматы дозволенной, как укрепляющую рассудок; каково мнение приписано было и имаму Шафии. Наши ученые основали свое мнение по этому предмету на изречении Пророка: «Кто играет в шахматы или кости, как бы опускает свою руку в кровь свиньи». Этого рода игры способны удержать людей от молитвы и прославления Бога в положенное время; и Пророк сказал: «Все, что способно ослабить рвение людей в исполнении обязанностей их относительно Бога, рассматривается как игра». Следует также заметить, что если кто-либо играет в шахматы со ставкою, то это нарушает почтенность его характера и делает его фаасыком, или отверженным; если же он играет без ставки, то от этого почтенность его характера не страдает. Абу Юсуф и имам Мухаммад считают непристойным кланяться лицу, занятому игрою: этим выражается отвращение к игре. Абу Ханифа, однако, считает это уместным, так как это отвлекает игрока от игры.

Подарки (за исключением платья и денег) и угощение могут быть приняты от раба, занимающегося торговлею. Нет ничего предосудительного принимать подарки от раба, занимающегося торговлею, или принимать от него угощение, или занимать у него экипаж, но непристойно брать у него в подарок платье или деньги. Изложенное здесь основано на благоприятном толковании закона. По аналогии следовало бы признать, что нет никакой разницы между его приглашениями и подарками, состоящими из платья и денег; другими словами, принятие всего этого одинаково непристойно, так как все это — безвозмездные акты, для совершения которых раб не имеет правоспособности. Однако причина более благоприятного толкования закона та, что Пророк принял подарок от Солимана в то время, когда он был рабом, и от Бареры — когда она была мукатабою. Равным образом многие из товарищей Пророка приняли приглашение от вольноотпущенника Абу Руссаида в то время, когда он был еще рабом. Раб, занимающийся торговлею, поставлен до известной степени в необходимость сообразоваться с этими обычаями. Так, например, если кто-либо, войдя в его лавку с намерением купить товар, попросит у него что-либо выпить, а он откажет ему в этом, то он приобретет славу жадного человека, и немногие захотят посещать его лавку, вследствие чего торговля его придет в упадок. Когда рабу предоставляется производить торговлю, то тем самым ему разрешается пользоваться всеми правами купца в полном объеме. Но он не поставлен в необходимость одевать людей и наделять их деньгами, и посему ему, согласно с аналогиею, не разрешается совершать подобные действия.

Общие правила относительно малолетних сирот или найденьшей. Если известное лицо предоставит что-либо в виде дара или милостыни сироте, находящейся под чьим-либо попечением, то это последнее лицо вправе принять такой дар или ми-

лостыню за его счет. Здесь следует заметить, что действия, относящиеся к малолетним сиротам, бывают трех родов. I. Акты опекунские, каковы заключение брачного договора относительно несовершеннолетнего или продажа и покупка для него имущества — власть, принадлежащая только природному опекуну, который по закону в этих случаях заменяет малолетнего. II. Акты, вытекающие из нужд малолетнего, каковы продажа или покупка для него в случаях необходимости или наем для него кормилицы и т.п. — каковая власть принадлежит воспитателю малолетнего, будь то его брат, дядя или (если речь идет о найденныше) мултакыт, или находчик, или мать, если только она воспитывает малолетнего. Так как все эти лица имеют власть совершать подобные акты, то тем более на них уполномочен природный опекун; причем не требуется в отношении опекуна, чтобы малолетний находился под его непосредственным покровительством. III. Акты, сопровождающиеся лишь выгодой для малолетнего, каковы принятие подарков и сохранение их — власть, принадлежащая или мултакыту, или брату, или дяде, а также самому малолетнему, если только он способен рассуждать, ибо цель здесь одна — сделать возможным для малолетнего пользование выгодой от благодеяния. Посему на такие действия уполномочены сам малолетний (если только он обладает рассудком) и всякое другое лицо, под чьим покровительством он находится.

Мултакыт не вправе отдать найденныша внаймы, равно как дядя не вправе отдать внаймы своего малолетнего племянника, хотя бы последний находился под непосредственным его попечением. Другое дело — мать: она вправе отдать свое малолетнее дитя внаймы, если только имеет непосредственное попечение о нем, ибо мать властна пользоваться службою своего ребенка, извлекая доход из его труда без всякого за то вознаграждения, между тем как мултакыт или дядя не имеют этой власти. Если малолетний сам вступит в обязательство найма, то оно недействительно, так как может быть соединено с невыгодой для него. Однако если, вступив в такое обязательство, малолетний исполнит его, то оно действительно, ибо тогда следует сообразоваться лишь с выгодой его, которая состоит в получении выговоренного вознаграждения.

Хозяин не должен надевать железный ошейник на шею раба. Непристойно надевать железный ошейник на шею раба, чтобы он был лишен возможности двигать головою, что в обычае у тиранов. Такого рода наказание подобно мучениям осужденного и, следовательно, незаконно, так же, как и жжение огнем.

Но он может подвергнуть его заключению. Мусульманин может подвергнуть своего раба заключению. Так как между мусульманами в обычае подвергать заключению безумных или мятежников, то подобным же образом они могут подвергать заключению раба для предупреждения его бегства и сохранения своей собственности.

Клистиры разрешаются в случае необходимости. Нет ничего непристойного ставить клистир в случае необходимости, ибо применение врачебных средств одобряется мнением всех наших ученых и преданиями о Пророке. Это средство одинаково применимо к мужчинам и женщинам. Не разрешается, однако, прибегать к каким-либо запрещенным веществам, каковы вино и т.п., ибо незаконно искать здоровья незаконными средствами.

Вознаграждение казию должно быть выдаваемо из общественной казны. Нет ничего непристойного в выдаче вознаграждения казию из общественной казны, ибо Пророк назначил Атаб-Бин-Осаида казием Мекки, определив ему вознаграждение из тамошней общественной казны. Равным образом он назначил Али иеменским казием, определив ему вознаграждение из тамошней казны. Так как казий по природе своих занятий обязан охранять права мусульманина, то посему содержание его ложится на их собственность (а общественная казна есть собственность мусульманской общины), ибо занятие определенной должности и исполнение определенной обязанности дает право на содержание, как явствует из случаев душеприказчика или деятеля при музарабате, работающего капиталом. Следует, однако, заметить, что казий может получать вознаграждение из общественной казны только тогда, когда это делается без всяких условий. Если бы он отказался принять должность без назначения ему государем известного вознаграждения, это было бы незаконно, ибо вознаграждение дается за исполнение актов благочестия, каковыми являются обязанности казия; а творить суд есть благороднейший род благочестия. Следует также заметить, что если казий беден, то для него лучше и он даже обязан получать содержание из общественной казны, иначе он был бы неспособен поддерживать достоинство своей должности по соображениям материального характера. Если, напротив, он богат, то некоторые находят лучшим, чтобы он не получал вознаграждения из общественной казны; между тем как другие утверждают, что он обязан делать это. Последнее мнение более основательно, иначе сама должность была бы унижена и стала бы презрительна; и если бы преемником богатого казия явилось бедное лицо, то для него было бы трудно достать жалованье, которое, может быть, уже с давних пор не выдавалось.

Случай отставки казия после получения им жалованья. Если казий, получив жалованье за год, будет уволен от должности до истечения этого года, то относительно этого случая между нашими учеными существует разногласие, такое же, как относительно случая смерти жены при подобных же обстоятельствах. Более основательно, однако, то мнение, что он должен возратить излишек.

Рабыни могут путешествовать без сопровождения родственника. Нет ничего непристойного для рабы или умми-валяд путешествовать без сопровождения родственника, ибо чужой рассматривается как родственник относительно лицезрения и прикосновения к рабе, а умми-валяд — тоже раба, так как составляет собственность, хотя и не может быть продаваема.

КНИГА XLV

О ВОЗДЕЛЫВАНИИ МЕРТВЫХ ЗЕМЕЛЬ

Определение мавата. Мават означает участок земли, неспособный приносить доход вследствие недостатка воды, затопления или по другой причине, препятствующей возделыванию. Такой участок называется мават, или мертвый, потому что, подобно мертвому, не приносит никакой пользы.

Описание земли, называемой этим термином. Всякий участок земли, который с давних пор лежал впусте, не принадлежа никому, или прежде составлял собственность мусульманина (имя которого забыто) и который находится на таком расстоянии от селения, что голос лица, кричащего оттуда, не слышен, называется мават. Автор «Хидои» замечает, что таково объяснение термина, даваемое Кудури. Передают, в качестве мнения имама Мухаммада, что требуется, чтобы земля не принадлежала ни мусульманину, ни зиммию и чтобы она не приносила никакой пользы; в таком случае она становится положительным маватом; но земля, составляющая собственность мусульманина или зиммия, не есть мават. Если собственник неизвестен, то земля в то же время принадлежит мусульманской общине; но если затем он явится, то она должна быть возвращена ему, и возделыватель ответствен за всякий вред, причиненный по его вине. Что касается расстояния участка от селения, о чем говорит Кудури, то, по мнению Абу Юсуфа, это есть необходимое условие, потому что, если бы участок прилегал к селению, то нельзя было бы сказать, что он совершенно бесполезен для его жителей. Имам Мухаммад считает достаточным, чтобы сельчане фактически не пользовались участком, независимо от того, смежен ли таковой с селом или нет. То же мнение передается имамом Хагир-Задою; но Шамсул-Аимма принял мнение Абу Юсуфа.

Возделывание пустых полей сообщает возделывателю право собственности на них. Кто возделывает пустые поля с разрешения начальника, получает право собственности на них; если же кто-либо возделывает без такого разрешения, то он, по Абу Ханифе, не становится собственником. Оба ученика утверждают, что и в этом случае он приобретает право собственности ввиду изречения Пророка: «Кто возделывает пустые поля, тем самым приобретает собственность на них», а также потому, что пустые поля составляют род общей собственности и становятся собственностью возделывателя в силу того, что он является первым владельцем, так же, как ловец зве-

рей или собиратель дров. Одно из доказательств Абу Ханифы по этому предмету составляет изречение Пророка: «Ничто не законно для человека, кроме разрешенного имамом». Что же касается изречения, приводимого обоими, то следует понимать его лишь в смысле судейского разрешения (ибо Пророк был сам имамом), таким же образом, как когда он сказал: «Кто убьет неправоверного, имеет право на его вооружение». Кроме того, все пустые поля составляют добычу в том смысле, что мусульмане приобрели право собственности над ними путем завоевания, и посему никто не может присвоить себе собственность над ними без согласия имама как и в других случаях добычи.

С возделанной таким образом земли платится лишь десятина, если она не орошается водою, подлежащею налогу. Если кто-либо возделает пустое поле, то с него подлежит к уплате только десятина, ибо незаконно обременять мусульманина налогом в начале; но если земля орошается водою, подлежащею налогу, то таковой может быть законно взимаем, ибо он уплачивается тогда за счет воды. Если кто-либо возделает пустые поля и затем оставит их, после чего другой станет возделывать их, то, по мнению некоторых, второй возделыватель имеет преимущественное право, ибо первый возделыватель был лишь собственником доходов, а не самой земли, и потому по оставлении им таковой второй получает преимущественное право требования. Достоверно, однако, что первый возделыватель может взять землю обратно от второго, ибо он собственник ее в силу того, что довел ее до состояния возделанности (как явствует из изречения Пророка, приведенного в предшествующем примере) и не теряет права собственности вследствие оставления земли.

При возделывании смежных участков к этой земле должна быть оставлена дорога. Если кто-либо возделывает участок пустого поля, а затем четыре других лица возделывают смежные участки, так что загородят проход к его собственности, то, по сохранившемуся мнению имама Мухаммада, ему должна быть отведена дорога через участок того лица, которое возделало свой участок позже других. После того, как граничащая с трех сторон с его участком земля была возделана, четвертая сторона остается для въезда в участок и выезда из него; и потому лицо, возделывающее землю с этой стороны, намеренно стремится к нарушению его права.

Зимний приобретает право собственности на землю, которую он возделывает, так же, как и мусульманин. Если зимний возделывает пустое поле, то становится собственником его, как и мусульманин, ибо возделывание сообщает право собственности. (Абу Ханифа, однако, полагает, что требуется согласие имама). Итак, между зимним и мусульманином в этом случае нет разницы.

Если земля не будет возделана в течение трех лет после ее отграничения, то она может быть передана имамом другому лицу. Если кто-либо отграничит участок земли, поставив на ней знаки из камня и т.п., и оставит ее в этом положении в течение трех лет, не возделывая ее, то имам может взять ее обратно и передать другому лицу, ибо земля была дана первому для возделывания, чтобы мусульмане имели пользу, получая десятину и подати; а так как он пренебрег этим, то имам обязан передать землю другому, для того чтобы цель, для которой земля дана, была достигнута. Отграничение участка камнями и т.п. не создает, подобно возделыванию, права собственно-

сти, ибо под возделыванием понимается придание земле плодородия, между тем как отграничение ее камнями служит лишь к указанию границ. Что касается определения времени (трех лет), то об этом изречено Омаром: «Захватчик земли не имеет никакого права по истечении трех лет». Это основано на том принципе, что три периода времени необходимы для лица, занявшего землю: один — для возвращения домой после постановления знаков, другой — для устройства дома своих дел и третий — для возвращения на участок; каждый из этих периодов определен в год, так как возможно, что меньший промежуток времени, например, час, день или месяц, будет недостаточен для достижения цели. Посему, если по истечении трех лет захватчик не возвратится на свой участок, то предполагается, что он оставил его. Законоведы замечают, что изложенное здесь основано на принципе справедливости, но что, по строгости закона, если кто-либо возделывает землю, которую другой отграничил, до истечения вышеупомянутого периода, то он становится собственником ее, так как является возделывателем.

Способ отмежевания пустых полей. Здесь кстати заметить, что пустые поля могут быть отмежеваны и другими способами, кроме постановки камней; например, можно окружить участок ветвями от деревьев, сжигать кустарники и мелкий лес, растущий на участке, или собрать таковой и рассыпать с незначительной примесью земли по краям, не образуя, однако, замкнутой границы, или, наконец, вырыть ров шириною от трех до шести футов.

Возделывание имеет место при взрытии и орошении почвы. Передают как мнение имама Мухаммада, что если кто-либо вспашет и оросит участок пустого поля, то он является возделывателем его; если же он только вспашет или только оросит землю, то считается, что он лишь отмежевал ее. Равным образом, если он выроет ров или канаву, не орошая земли, то это считается только отмежеванием; если же он оросит ее водою после прорытия рва, это есть возделывание.

Поставление изгороди или посева. Если, кроме того, кто-либо поставит изгородь, настолько высокую, что ею задерживается вода, то считается что он возделал землю; и так же, если он произведет посев.

Возделывание не должно иметь места на границах уже возделанной земли. Не дозволяется возделывать участок пустого поля, непосредственно граничащий с землями, находящимися в обработанном состоянии; необходимо оставлять пространство для выгона скота другого собственника, а также для склада его инструментов, ввиду чего такая земля так же мало относится к числу пустых полей, как река или большая дорога. Согласно сему наши ученые говорят, что имам не вправе предоставить кому-либо предмет, состоящий в пользовании мусульман, например, соляные копи или колодец, из которого население берет воду для питья.

К колодезю, выкопанному в пустом поле, отводится известное пространство земли. Кто выкопает колодец в пустом поле, тот имеет право на участок земли вокруг него. Если колодец предназначен для пользования верблюдов, то к нему присоединяется участок в 120 футов. Это говорится в преданиях. Многие из наших ученых полагают, что 120 футов составляют поверхность всего участка. Основательнее, однако, то мнение, что к каждой стороне колодца следует прирезать участки по 120 футов каждый.

Так как многие почвы мягки и сыры, то могло бы случиться, что если другое лицо выкопает колодец на расстоянии ближе 120 футов от первого, то вода может просочиться сквозь землю и сообщаться с водою другого. Если колодец вырыть с целью извлекать из него воду с помощью верблюдов или других животных, то, по мнению обоих учеников, к нему присоединяется участок в 180 футов. Абу Ханифа полагает, что и в этом случае присоединяется участок в 120 футов. Доказательства обоих учеников по этому предмету — двоякого рода. Во-первых, изречение Пророка: «Округ источника равен 1500 футам, колодца, из которого пьют верблюды, — 120 футам и колодца, из которого извлекается вода, — 180 футам». Во-вторых, необходимо, чтобы значительное пространство земли было присоединено к такому колодцу, так как может представиться необходимость отводить верблюдов на значительное расстояние от него, ибо веревка, с помощью которой извлекается вода, часто бывает весьма длиною; но когда колодец устроен так, что вода может быть извлекаема из него руками, то нет необходимости присоединять к нему большое пространство земли; посему, очевидно, следует различать оба рода колодцев. Абу Ханифа основывается на приведенном предании, в котором говорится о 120 футах, не различая двух родов колодцев. Кроме того, возражение, приводимое обоими учениками, может быть устранено, если заставить верблюдов ходить с веревкою вокруг колодца, а не гнать их вперед.

Если от колодца проведен источник, то к последнему присоединяется пространство в 1500 футов ввиду приведенного предания и потому, что большое пространство здесь положительно необходимо. Так как источник проведен для орошения почвы, то требуются места: для проведения воды из источника; для устройства резервуара; для проведения воды из резервуара для орошения почвы. Посему необходимо значительное пространство, которое определяется в 1500 футов, согласно преданию, а это, по наиболее компетентному мнению, означает 1500 футов с каждой стороны источника. (Некоторые говорят, что присоединение к источнику пространства в 1500 футов имеет место только в Аравии, где почва тверда; но что в нашей стране, где она мягка, необходим больший участок, так как иначе вода из одного источника может просачиваться сквозь почву и сообщаться с водою из другого источника).

В пределах которого никто другой не вправе копать. Если кто-либо вздумает копать колодец в пределах, принадлежащих собственнику другого колодца, то последний может запретить ему это, потому что границы его колодца составляют его собственность, и никто не имеет права нарушать ее. Равным образом, если кто-либо уже выкопал колодец в пределах, принадлежащих другому лицу, то этот последний имеет право засыпать колодец безвозмездно или заставить первого засыпать его. Некоторые говорят, что первый собственник вправе получить вознаграждение за убытки от другого и затем засыпать колодец; таким же образом, как если кто-либо уничтожит ров, принадлежащий другому, в каковом случае он должен вознаградить собственника, который сам должен восстановить ров. В трактате Хассафа об обязанностях казия объяснено, что убыток должен быть исчислен путем сравнения стоимости первого колодца до вырытия второго с стоимостью этого колодца после вырытия второго: разница укажет понесенный убыток.

Если же кто-либо сделает это, то он ответствен за могущие произойти от того случайности. Нет никакой ответственности за вещь, случайно упавшую в первый из двух колодцев, так как собственник, выкопав его, не совершил никакого правонарушения. Это очевидно, по мнению Абу Ханифы, если колодец выкопан с согласия имама; а по мнению обоих учеников — независимо от того, выкопан ли колодец с согласия или без согласия имама. По Абу Ханифе — потому, что копанье колодца есть то же, что и поставка межевых знаков, которая может иметь место без согласия имама, хотя право собственности не может быть приобретено без его согласия. Напротив, если вещь упадет во второй колодец, то за нее следует дать вознаграждение, так как собственник этого колодца был виновен в правонарушении, выкопав колодец на чужой земле. Если, с другой стороны, кто-либо выкопает колодец у границ чужого колодца, но не переходя за эту границу, и вода в первом колодце понизится, то лицо, выкопавшее первый колодец, не виновно в правонарушении. В этом последнем случае лицо, выкопавшее второй колодец, имеет право лишь на землю с трех сторон своего колодца, так как земля со стороны первого колодца принадлежит собственнику этого колодца.

Известное пространство земли отводится также к водопроводу. Кто выроет канал¹ для прохода куда-либо воды, тот имеет право на присоединение к этому каналу пространства земли сообразно своим нуждам. Приводят мнение имама Мухаммада, что в отношении пространства земли, присоединяемого к водопроводу, нет разницы между водопроводом и колодцем. Некоторые говорят, что таково мнение обоих учеников, но что, по Абу Ханифе, никакой земли карызу не отводится, исключая случая, когда вода покажется на поверхности земли. Так как водопровод собственно есть только ручей, то он подлжит тем же правилам. Некоторые ученые утверждают, однако, что когда вода из водопровода выйдет наружу, то он рассматривается как источник и что, следовательно, к нему присоединяется пространство земли в 1500 футов.

Или к дереву, посаженному на пустом поле. Если кто-либо посадит дерево на пустом месте, то он имеет право на малое пространство земли в качестве принадлежности дерева; и никому другому не разрешается сажать дерево в этих пределах, так как это пространство служит собственнику первого дерева для сбора плодов и склада их. К дереву присоединяется пространство земли в 15 футов.

Оставленные русла рек не должны быть возделываемы. Земля, по которой раньше протекали Евфрат, Тигр или подобные им реки, не должна быть возделываема, если представляется возможность возвращения реки в прежнее русло, так как лица, земли которых прилегали к берегам рек в прежнем их течении, заинтересованы в том, чтобы не препятствовали возвращению этих рек в старое русло. Если, однако, возвращение рек не представляется вероятным, то оставленные ими русла считаются пустыми, когда они не прилегают к возделанной земле. Такие земли не составляют

¹ Карыз. Под этим термином обыкновенно понимают подземный водопровод.

ничьей собственности, потому что право над водою покрывает все другие права; но как только земля покажется над водою, она становится подвластной имаму.

Земля не отводится к арыку, протекающему по чужой земле, если не представлено доказательств права на нее. Кто имеет право собственности на арык, протекающий по принадлежащей другому земле, не имеет права (по Абу Ханифе) на прилегающее пространство земли, если не представит доказательств своего права. Оба ученика, напротив, утверждают, что он в силу права собственности на арык имеет право на берега, по которым проходит народ и который занят землею, вынутаю при прорытии арыка. Некоторые говорят, что разногласие основано на том случае, когда кто-либо выроет арык в пустом поле с разрешения имама; по мнению Абу Ханифы, он не имеет права на какое-либо пространство земли; между тем как оба ученика утверждают, что он имеет право, так как не может извлекать пользу из арыка, если не владеет прилегающим к нему участком земли, ибо он часто должен ходить по берегам его для удаления веществ, засоряющих канал и препятствующих движению воды. Кроме того, он часто поставлен в необходимость запружать арык землею и глиною и для него невозможно без больших затрат доставлять этот материал из отдаленного места, а потому он имеет право на участок земли, как и лицо, вырывшее колодец. Абу Ханифа доказывает, что требование отвода земли противоречит аналогии, так как право на такой отвод в случае выкопания колодца основано исключительно на приведенном предписании. Необходимость в земле в случае выкопания колодца более настоятельна, чем в случае проведения арыка, ибо из этого последнего водою можно пользоваться без земли, между тем как из первого это невозможно, так как воду нужно извлекать с помощью веревки, для осуществления чего требуется известное пространство земли, как объяснено выше. Отсюда — значительная разница между арыком и колодцем и, следовательно, невозможность аналогии между этими случаями. Причина обоснования рассматриваемого случая случаем выкопания колодца заключается в том, что если собственник арыка имеет право на известный участок земли, то он считается владельцем ее как принадлежности арыка; а в случае спора предпочтение отдается доказательствам владельца; между тем, если он не имеет права на известное пространство земли, то не считается вступившим во владение ею и потому обстоятельства свидетельствуют в пользу собственника земли. Если, однако, рассматривать настоящий случай отдельно и не основывать его на первом, то оба ученика доказывают, что упомянутое пространство земли находится в руках собственника арыка, так как он, пользуясь им, сохраняет течение воды, ввиду чего собственник земли не вправе скрыть ее. Абу Ханифа доказывает, что прилежащая земля походит на другую землю собственника как по видимости, так и по существу: по видимости — что она находится на одном уровне и смежна с другою землею; по существу же — потому, что это одна и та же почва, одинаково способная питать деревья и другие растения; а обстоятельства говорят в пользу того, кто владеет предметом, имеющим наибольшее сходство с принадлежностью, именно — прилегающею землею; подобно тому, как если два лица спорят о дверной планке, находящейся во владении другого и вполне соответствующей другой планке, находящейся во владении одного из спорящих: в этом случае казий должен присудить такую планку тому, кто владеет

соответствующей ей планкою. В ответ на дальнейшие доводы обоих учеников следует заметить, что спор идет здесь не о том, что было устроено для сохранения воды (плотин), но о том, что не зависит от таковой и способно производить деревья и т.п. Если предположить, что собственник арыка сохраняет воду, только пользуясь прилегающим пространством земли, то следует возразить, что и собственник земли сохраняет ее, лишь пользуясь прилежащим пространством земли. Что касается довода их о том, что «собственник земли не вправе срыть берега арыка», следует заметить, что это не потому, что они составляют собственность хозяина арыка, а потому, что он заинтересован в сохранении их; так же, как если кто-либо владеет валом, а другое лицо, имея свой вал поблизости, положит балку поперек обоих с согласия владельца первого вала, и этот последний не имеет права срыть свой вал, потому что этим он нарушил бы право другого лица.

Разногласие относительно арыков. В «Джами-ус-Сагире» передается, что если кто-либо владеет арыком, имеющим по смежности с берегами землю, принадлежащую другому лицу, и берега не находятся в чьих-либо руках, то есть не имеют знаков, каковы деревья, камни и т.п., определяющих право собственности, то эти берега, по Абу Ханифе, принадлежат собственнику земли, между тем как оба ученика полагают, что они принадлежат собственнику арыка. Если, напротив, на них поставлены чьи-либо знаки, то все согласны в том, что лицо, поставившее их, имеет преимущественное право. Разногласие, однако, существует относительно того случая, когда на берегу посажено дерево, но не известно, кто посадил его. Абу Ханифа того мнения, что посадка дерева составляет право собственника земли, между тем как оба ученика полагают, что это есть право собственника арыка. Что касается хождения по берегам, то некоторые говорят, что таковое не разрешается, по мнению Абу Ханифы; в то время, как другие говорят, что это не запрещается, ибо в том существует необходимость. Ученый Абу Джафар говорит, что он постановил бы решение согласно мнению Абу Ханифы — в случае посадки дерева и согласно мнению обоих учеников — в случае насыпки земли. Передают мнение Абу Юсуфа, что ширина пространства земли, присоединенного к арыку, равняется половине ширины этого последнего; но, по имаму Мухаммаду, она равняется всей этой ширине; и это мнение более благоприятное.

Раздел I. О водах

Всякий имеет право пить из колодца, арыка или водохранилища, а также поить скот. Если кто-либо имеет право собственности на арык, колодец или водохранилище, то он не может запретить людям или скоту пить из них. Здесь необходимо заметить, что вода бывает четырех родов.

I. Вода моря, которую всякий имеет право пить или брать для орошения земли. Если кто-либо имеет намерение вырыть арык и провести воду из моря на свою землю, то никто не вправе препятствовать ему в этом, потому что воды моря находятся в общем пользовании подобно солнечному или лунному свету или воздуху.

II. Воды больших рек, каковы Оксус, Евфрат или Тигр, из которых каждый имеет безусловное право пить и условное право пользоваться водою для орошения зем-

ли, то есть если кто-либо возделывает пустое поле, то он имеет право вырыть арык для проведения на него воды из реки, если только этим не наносится вред населению; но если представляется вероятным, что это причинит вред (например, когда вследствие взрытия берегов вода может затопить соседнюю местность и деревни), то он не вправе рыть арыки для орошения своей земли, так как предупреждение общественного бедствия составляет соображение большей важности. Аналогичный случай представляет сооружение мельницы на берегах реки, ибо разрушение берегов от постройки мельницы то же самое, как и от орошения земли.

III. Вода, составляющая общую собственность и которую равным образом всякому дозволяется пить, ибо в преданиях говорится, что три вещи общи всем: вода, трава и огонь. Кроме того, колодцы и т.п. копаются не для сохранения воды, посему вода в них не составляет собственности кого-либо одного, и пользование ею свободно для всех, пока она не будет отделена и охраняема, как это имеет место относительно оленя, который лишь спит на чьей-либо земле. Необходимо установить право общего пользования водою, потому что невозможно каждому брать с собою воду; а так как человек может нуждаться в воде для себя и для своего коня, то людям было бы слишком большое стеснение, если бы им было воспрещено неограниченное пользование водою. Если, однако, кто-либо намеревается провести воду для орошения возделанной им земли из реки или арыка, принадлежащего другим, то собственники могут воспрепятствовать этому, ибо иначе их право на воду было бы совершенно разрушено.

IV. Вода охраненная, или, другими словами, хранящаяся в посуде. Вода этого рода составляет частную собственность, и право других лиц уже не распространяется на нее, как и на дичь, пойманную кем-либо. Тем не менее представляется сомнительным, не подлежит ли и такая вода общему пользованию ввиду вышеприведенного предания. Посему, если кто-либо во время недостатка в воде украдет такое количество ее, которое достаточно для признания наличности кражи, то он не подлежит ампутации¹.

Если поблизости нет другой воды. Если кто-либо владеет колодцем, источником или ручьем, то он может запретить каждому пить воду из них, то есть нарушать его собственность, если только поблизости есть другая вода, не составляющая чьей-либо собственности. Если, однако, такой воды нет поблизости, то собственник должен или принести ему воду для питья, или позволить ему самому взять таковую, чтобы он не испортил берегов. Все сказанное здесь взято из Тахави. Некоторые говорят, что это относится к случаю, когда собственник колодца сам выкопал его на земле, составляющей его собственность; но если он выкопал колодец в пустом поле, то ни в коем случае не вправе препятствовать другим вступать в отведенную к колодцу землю и пить из него воду, ибо пустое поле составляет общественную собственность. А так как колодец был выкопан для общественной пользы, именно — для получения десятины и податей, то отсюда следует, что копанье его не уничтожает права пользо-

¹ То есть ампутации руки за воровство.

ваться водою для питья. Посему, если собственник откажет кому-либо в разрешении пить и этот последний сам опасается умереть от жажды или опасается за своего коня, то он вправе употребить против собственника оружие, так как последний стремился к его гибели, препятствуя его праву на воду, ибо вода из колодца принадлежит всем и не составляет частной собственности. Другое дело — вода, хранящаяся в посуде. Лицо, нуждающееся в ней, может лишь спорить с владельцем ее без употребления в дело оружия. То же правило применяется к лицу, страдающему от голода. Многие говорят, что в случае жажды незаконно употреблять оружие против владельца колодца, но разрешается употребление палки: владелец, отказывая в воде, виновен в правонарушении, а палочные удары заменяют исправительное наказание.

Воду можно также брать для омовения. Законно брать воду из ручья для совершения омовений или для мытья белья. Это одобряется всеми, потому что требовать, чтобы люди очищали себя или мыли свое белье такою водою, не унося ее (как желают некоторые), значит налагать на людей большое неудобство.

Или для орошения деревьев или террас. Если кто хочет оросить деревья или небольшую террасу перед своим домом, то он вправе для этой цели брать воду из чужого ручья, ибо закон допускает большую свободу в пользовании водою и считает отказ в воде действием позорным. Однако не дозволяется брать воду из чужого ручья, колодца или арыка для орошения фруктового сада или полей без положительного разрешения на это; и собственник может запретить это. Если вода составляет предмет общей собственности, то никто, кроме собственников, не имеет права пользоваться ею, ибо иначе право их было бы уничтожено. Собственник реки может, если желает, дать или ссудить воду из нее другому, потому что она составляет его собственность и дарение ее — в обычае.

Раздел II. Об углублении и очистке рек¹

Реки бывают трех родов. Реки бывают трех родов: 1) такие, которые не составляют чьей-либо собственности и воды которых не были разделены, подобно Тигру, Евфрату и т.п.; 2) такие, которые, составляя собственность и будучи разделены, в то же время доступны судоходству; 3) такие, которые составляют собственность и разделены, но являются частными, не судоходными.

Большие общественные реки должны быть очищаемы и исправляемы за счет общественной казны. В первого рода реках, если река засорится так, что потребуются очистка ее, забота об этом лежит на обязанности начальника, который должен покрыть издержки на это из общественной казны, ибо операция эта производится для пользы мусульман и расход на нее должен быть покрыт из общественной собственности. Средства на покрытие этих расходов должны быть, однако, взяты из фонда податей и поголовного налога, а не из фонда десятины и благотворительности: последний предназначен исключительно для бедных, между тем как первый имеет значение запасного капитала для покрытия чрезвычайных расходов.

¹ Здесь разумеются не только реки в собственном смысле, но также каналы и пр.

Или с помощью общественной работы. Если в общественной казне нет денег, то начальник вправе ради общественной пользы принудить народ к исправлению повреждения, так как предполагается, что население само не примется за работу. Омар Фарух сказал народу: «Если бы я предоставил вам самим управляться, не принуждая вас ни к чему, то, воистину, дела пришли бы в такое состояние, что вы продали бы даже своих детей». Однако к работе должны быть принуждаемы только способные к труду, а богатые должны платить известную сумму соответственно своему положению и состоянию.

А реки, составляющие частную собственность, — за счет собственников. Что касается второго рода рек, то они должны быть очищаемы в случаях необходимости за счет собственников, без какого-либо вспомоществования из общественной казны. Если один из них откажется участвовать в очистке, то начальник может принудить его для того, чтобы другие не понесли ущерба вследствие его отказа.

Возражение. Казалось бы, что, будучи таким образом принуждаемо к работе, лицо отказывающееся терпит ущерб.

Ответ. За ущерб частный и не без пользы, ибо в вознаграждение собственник получает долю участия в воде; посему ущерб этот не может идти в сравнение с тем вредом, который иначе возник бы для остальных. Равным образом, если некоторые из собственников реки пожелают укрепить берега из боязни, что они уступят давлению воды, последствием чего может быть затопление соседней местности и разрушение дорог, то начальник может принудить тех из собственников, которые откажутся участвовать в предприятии. Он не должен, однако, прибегать к принуждению, когда разрушение берегов не может иметь дурных последствий, потому что падение берегов есть случайность только возможная. Другое дело — очистка реки: здесь необходимость несомненная, ввиду чего можно прибегнуть к принуждению для осуществления очистки. Что касается третьего рода рек, то они составляют частную собственность, а потому очистка их лежит вполне на обязанности собственников. Некоторые говорят, что судья может прибегнуть к принуждению каждого, кто отказывается от очистки, так же, как в случаях с реками второго рода. Другие, напротив, утверждают, что судья не имеет такого права, ибо ущербы соучастника, принуждаемого к работе, и ущербы, которые несут другие соучастники вследствие его отказа, суть частные; ущерб остальным соучастникам может быть устранен тем, что они возьмут у соучастника, отказывающегося работать, часть расходов по очистке пропорционально его доле участия (если только работа произведена по требованию властей). Иное дело — относительно рек второго рода: там ущерб одной из сторон есть ущерб общественный.

Возражение. Здесь равным образом имеется соединение двух ущербов; и так как один из них (именно — ущерб для тех, которые имеют право пить воду) есть общественный, то отсюда можно бы вывести, что для предупреждения его можно прибегнуть к принуждению и в случае с частными реками.

Ответ. Когда в воде нуждаются для орошения возделанных полей, то власти могут прибегнуть к принуждению, чтобы заставить очистить реку, но они не могут сделать этого, когда в воде нуждаются только для питья.

Правила относительно арыков, водопроводов и т.п. Расход по очистке верхней части водопровода ложится одинаково на всех соучастников; но если работа продолжится за пределы владений одного из соучастников, то он, по Абу Ханифе, свободен от всех дальнейших расходов. Оба ученика утверждают, что расходы по очистке всего водопровода от начала до конца ложатся на всех соучастников пропорционально их долям, потому что соучастник, владеющий долей вверху, имеет также право на лежащие ниже доли, так как они ему необходимы для спуска излишка воды его доли. Абу Ханифа в подкрепление своего мнения ссылается на то, что так как цель очистки есть получение воды для орошения, то, следовательно, цель верхнего владельца осуществлена, когда его часть окончена; и посему он не обязан после того продолжать работу ради выгоды других. Обоим ученикам можно возразить, что хотя верхний владелец действительно нуждается в нижнем течении для спуска излишней воды, но он вследствие сего не обязан очищать нижние участки; так же, как лицо, имеющее право спуска воды от своего дома через чужую землю, не обязано помогать при работах по содержанию этой земли в исправности. Верхний владелец всегда может воспрепятствовать затоплению своей земли путем запружения источника.

Когда при очистке общего водопровода работа продолжена за пределы владения одного из соучастников, который, таким образом, освобождается от дальнейших расходов, то, по мнению некоторых, он может тотчас же открыть запруды для получения воды на орошение, так как водопровод в отношении его части вполне очищен. Другие же говорят, что он не может делать этого, пока не очищены участки других совладельцев, чтобы никто из них не имел преимущества.

Лица, которые имеют только право пить воду, не участвуют в расходах по очистке, так как число их весьма значительно и, кроме того, они подчинены действительным участникам.

Раздел III. О ширбе, или праве на воду

Право на воду может существовать независимо от права на землю. По благоприятному толкованию закона, право на воду может существовать независимо от права на землю. Право это может быть приобретено независимо от земли по наследству или путем отказа; иногда бывает, что кто-либо, продавая свою землю, оставляет за собою право на воду.

Никто не вправе изменить или преградить течение воды, протекающей по его земле. Если кто-либо владеет ручьем, протекающим по чужой земле, и собственник этой последней, желая, чтобы ручей не протекал по ней, захочет воспрепятствовать этому, заявляя о своем праве собственности на него, то ему не следует разрешать это, и ручей должен течь по старому руслу. Так как ручей находится во владении лица, имеющего на него право собственности ввиду течения его по своему руслу, то в случае спора заявление этого последнего лица имеет преимущество перед заявлением другого; но если бы ручей не был в его владении (например, если бы он не содержал в себе воды), преимущество было бы на стороне собственника земли, если только другой не доказал бы свидетелями, что ручей составляет его собственность или что

он раньше направлял по нему воду к своим полям для орошения их, в каковом случае казий должен присудить ему ручей, так как он подтвердил свою претензию.

В случае спора следует учинить распределение права на воду. Если ручей составляет общую собственность нескольких владельцев и они заспорят относительно размера принадлежащего каждому права на воду, то следует учинить распределение сообразно пространству принадлежащей каждому земли. Так как цель права на воду есть орошение их полей, то справедливо, чтобы каждый получил ее пропорционально пространству принадлежащей ему земли. Другое дело, когда речь идет о дороге: в этом случае цель составляет право прохода и величина домов не имеет значения, то есть если совладельцы дороги спорят о доле участия каждого из них, то постановляется, чтобы они пользовались ею в одинаковой степени, не обращая внимания на различие в величине их домов.

Ручей не может быть запружен ради удобств одного из соучастников без согласия других. Если случится, что лицо, владеющее верхнею частью ручья, не может, не остановив потока, пользоваться как следует своим правом на воду (вследствие того, что вода течет с возвышенной местности с большою скоростью); ему все-таки не разрешается запрудить ручей, так как этим он уничтожил бы право других; посему он должен пользоваться своею долею, не останавливая течение. Если, однако, другие согласятся на остановку течения, чтобы он мог лучше оросить свою землю, или вступят между собою в соглашение о том, что каждый в свою очередь будет останавливать это течение, то это законно, так как составляет их право. И если можно запрудить ручей досками, они не должны употреблять глину или другого рода цемент без согласия остальных, так как этим можно нанести вред другим соучастникам.

Один из совладельцев ручья не может провести от него арык или построить на нем мельницу без согласия остальных. Воспрещается одному из совладельцев ручья выводить из него другой ручей или возводить на нем водяную мельницу: в первом случае неизбежно должен быть разрушен берег общего ручья, а во втором — возводится постройка на земле, составляющей общую собственность, разве мельница будет возведена на земле строителя и от нее не будет вреда, в каковом случае постройка законна как осуществление права собственности, не сопровождаемое вредом для других.

Или ниже устроить водоподъемную машину или мост. (Устройство машины для подъема воды при помощи верблюдов или быков рассматривается как сооружение мельницы). Равным образом никто из соучастников не вправе устраивать малые мосты, которые при случае могут быть снесены, или большие — из камня или кирпича, которые прочны и постоянны. Словом, частный ручей рассматривается как частная дорога, в пользовании которою многие участвуют, но относительно которой никто не имеет особых привилегий. Другое дело, когда кто-либо владеет маленьким частным ручьем, вытекающим из большого ручья, составляющего общую собственность нескольких владельцев. В этом случае, если собственник маленького ручья захочет, может построить на нем большой прочный мост; или, если на нем уже был мост, может, если ему угодно, снести его (если только последствием сего не будет приток большего, чем раньше, количества воды в его ручей). При этих обстоятель-

ствах разрушение моста законно, ибо основано на праве собственности и не сопряжено с ущербом для других. Он, однако, не должен расширять устье малого ручья, так как этим он разрушил бы берега большого ручья и ввел бы в свой ручей большее количество воды, чем ему следует. Ему не разрешается также расширять шлюзы, сквозь которые он получает свою долю воды, когда распределение производится этим способом, то есть когда доски с отверстиями прикреплены к берегам реки, прилегающим к землям каждого соучастника, для того чтобы он получал на свою долю столько воды, сколько пропускает его доска. Но каждый из них, кто пожелает, может повысить или понизить свою доску, так как равенство распределения зависит от величины отверстий, а не от высоты досок, ибо мнение в этом отношении не производит разницы в распределении.

Один из соучастников не может изменить способ распределения воды без согласия другого. Когда распределение воды производится посредством шлюзов, как описано выше, и один из соучастников пожелает производить распределение посредством измерения времени, то он может сделать это только с согласия других совладельцев.

Или увеличить число отверстий, через которые он получает свою долю. Если каждый из совладельцев ручья имеет определенное число отверстий, предназначенных для него, то ни один из них не вправе увеличить это число, хотя бы этим не причинялся вред другим, ибо здесь имеет место соучастие в частной собственности и право каждого определено специально. Другое дело — большие реки, каковы Тигр и Евфрат: так как каждый вправе проводить от них малые ручьи, то каждый, следовательно, вправе увеличивать число отверстий, сквозь которые протекает вода из этих рек.

Или проводить свою долю воды на землю, которая не вправе получать таковую. Соучастник не вправе проводить свою долю воды на такую принадлежащую ему землю, которая не вправе получать воду из этой реки, ибо это обстоятельство с течением времени может послужить доказательством права на орошение означенной земли водою из этой реки.

Или проводить ее через такие земли на те, которые вправе получать эту воду. Равно соучастник не вправе проводить свою долю воды через те из его земель, которые не вправе получать эту воду, на те, которые имеют это право. В этом случае представляется вероятным, что он получит большее количество воды, чем ему следует, так как часть ее будет поглощена землею, через которую она сперва протекала.

Равным образом он не может заделать некоторые из отверстий. Если два лица владеют сообща ручьем и получают свои доли воды через шлюзы и один из соучастников, часть которого лежит ближе к истоку, захочет заделать некоторые из них, чтобы предупредить изливание лишней воды на свою землю, то ему не следует позволять это, так как земле другого соучастника вследствие того может угрожать наводнение.

Или принять способ раздела путем поочередного пользования. Равным образом он не вправе изменить способ распределения установлением поочередного пользования целым взамен предоставления каждому части целого. Так как раздел уже был установлен посредством шлюзов, то он не вправе требовать засим другого способа распределения, если на то не последует согласия другого соучастника, в каковом случае

он может произвести замену; причем, однако, другой соучастник (или его наследники после его смерти) волен уничтожить новый порядок и возвратиться к старому способу, потому что установление поочередного пользования целым, когда до того каждый владел отдельной частью, в действительности представляется ссудой права на воду (так как обмен ширбы на ширбу ничтожен). Право на воду наследственно, но оно не может быть продано, ни подарено, ни оставлено в виде отказа для продажи, ни предоставлено в виде милостыни. Все эти сделки незаконны вследствие сопровождающей их неопределенности, дающей место заблуждению или обману относительно количества воды, или потому, что ширба не есть сама по себе материальное имущество, а скорее привилегия или преимущество, так что, если кто-либо оросит свою землю из чужой ширбы, то он не обязан вознаградить за это. И так как все эти сделки ничтожны, то и отказ для одной из этих целей ничтожен.

Право на воду не может быть дано в приданое. Право на воду не может быть предоставлено в виде специального приданого при заключении брака. И если такое право указано в брачном договоре, то становится обязательным махри-мисль.

Или в виде вознаграждения за хуля. Равным образом оно не может быть дано в виде вознаграждения за хуля, ввиду чего, если женщина ведет переговоры о разводе, предоставляя в виде вознаграждения такое право на воду, муж может возвратить ей таковое и взамен его взять у нее приданое, которое он назначил ей при вступлении в брак. Закон основывается в данном случае на том, что право на воду есть такое отношение, объем которого не может быть с точностью определен.

Или в виде эквивалента по мировой сделке. Право на воду не может быть предоставлено как вознаграждение по мировой сделке. Так как оно не может быть по какой бы то ни было сделке предоставлено в собственность, то, следовательно, мировое соглашение с предоставлением в собственность этого права ничтожно.

Или продано отдельно от земли для уплаты долгов умершего. Способ действия в этом случае. Право на воду, без земли, не может быть продано после чьей-либо смерти для уплаты долгов умершего, как оно не может быть продано при его жизни. Что же в этом случае имам должен сделать для погашения долгов умершего? Этот вопрос дал повод к разногласию. Лучший образ действия состоит в соединении этого права с землей другого лица, не обладающего таким правом, и затем в распоряжении с его согласия как этим правом, так и землей; после чего, рассчитав, насколько ценность земли поднялась вследствие присоединения права на воду, имам может обратить разницу на уплату долгов умершего. Когда он не может достать таким способом землю, то может купить на средства умершего участок земли и соединив его с правом на землю, продать их вместе; после чего из полученной цены он должен сперва покрыть расход по покупке земли, а остаток употребить на уплату долгов умершего.

Случайности от пользования водою не влекут за собою ответственности. Если кто-либо, оросив свою землю или покрыв ее водою, затопит землю своего соседа, то он не обязан вознаградить последнего, так как он не виновен в каком-либо правонарушении.

КНИГА XLVI

О ЗАПРЕЩЕННЫХ НАПИТКАХ

Существуют четыре запрещенных напитка.

I. Хамр (сырой сок винограда). Существуют четыре запрещенных напитка, из которых первый называется хамр¹, что означает (по объяснению Абу Ханифы) сырой сок винограда, который после брожения становится спиртным: сперва пенится и дает осадок, а затем получает опьяняющее свойство. По мнению обоих учеников, сок становится хамр после брожения и появления спирта, причем не требуется, чтобы он пенился, ибо когда виноградный сок становится спиртным, то устанавливается как название хамр, так и незаконность его. Абу Ханифа говорит, что брожение есть начало процесса, посредством которого напиток становится спиртным; когда этот процесс закончен, то напиток дает осадок, который отделяется от более благородных частиц. Предписания закона, устанавливающие наказание за питье вина, признание неправовым того, кто считает его законным, и запрещение продажи этого напитка, имеют отношение к хамру. Некоторые ученые утверждают, что питье напитков, ставших спиртными, запрещено только ради предосторожности. Другие, напротив, утверждают, что термин «хамр» применим ко всему, что имеет свойство опьянять, ибо в преданиях говорится: «Все, что опьяняет, есть хамр» и далее: «Хамр получается от виноградной лозы и финикового дерева». Термин «хамр» производится от слова «мохамир», означающего поражение или лишение чувства, что является последствием употребления всякого опьяняющего напитка. Однако, возражая на это, Абу Ханифа замечает, что, по общему мнению филологов, термин «хамр» употребляется только в вышеупомянутом значении, ввиду чего другого рода напитки обозначаются другими терминами, каковы «набиз», «табих» и «мусаллас»². Другой довод, заключается в том, что незаконность хамра несомненна, ввиду чего, если бы каждый опьяняющий напиток был хамр, то все они также были бы несомненно незаконны, между тем это не так, ибо относительно их существует сомнение. Что касается вышеприведенных доводов некоторых ученых, то следует заметить, что подлинность первого предания не совсем установлена, так как Иегайя-Ибн-Майин оспаривал ее; а второе предание лишь объясняет закон, или, другими словами, пока-

¹ В настоящем сочинении, то есть в «Хидое», название всех опьяняющих напитков переводилось общим термином «вино», под которым подразумевались все роды запрещенных напитков. Однако в настоящей книге для отличия сохранены первоначальные термины.

² Это — разного рода напитки из фиников, более подробно описанные несколько ниже.

зывает, что все напитки, получаемые от винограда и фиников, обладая опьяняющим свойством, незаконны так же, как и хамр.

Который незаконен в каком бы то ни было количестве. Хамр сам по себе незаконен, будет ли он употребляем в большом или в малом количестве, так как незаконность его не зависит от приема в таком количестве, которое способно вызвать опьянение. Некоторые, придерживаясь менее строгих правил, отвергают абсолютную незаконность хамра, утверждая, что лишь производимое им действие является причиной его незаконности. Вызываемое им зло заключается в том, что он производит невниманье к достоинству Бога; а так как это зло производится лишь опьянением, то отсюда следует, что когда нет опьянения, нет и незаконности. Это, однако, грубое неправовере и прямо противоречит Корану, ибо Господь называет в нем такой напиток мерзостью, которая незаконна по самой своей природе. Пророк, по многим преданиям, постановил, что хамр незаконен; и все ученые того же мнения. Следует, однако, заметить, что хотя хамр незаконен даже в таком количестве, которое не может вызвать опьянения, но правило это не применяется к другим опьяняющим веществам, ибо небольшое количество их, недостаточное для опьянения, не запрещено. Впрочем, имам Шафии того мнения, что и эти вещества незаконны в каком бы то ни было количестве.

Есть мерзость в высшей степени. Хамр есть мерзость в высшей степени, как моча, потому что незаконность его доказана бесспорно.

Кто утверждает, что хамр законен, есть неправоверный¹, ибо этим он отвергает неопровержимое доказательство.

И не может составлять собственности мусульманина. Хамр не составляет имущества для мусульманина. Если, поэтому, он будет испорчен или уничтожен кем-либо, то за это не налагается вознаграждения. Продажа его незаконна, ибо Господь, называя его мерзостью, выразил свое отвращение к нему; между тем как, если бы он имел ценность, то был бы в некоторой чести. В преданиях говорится: «Тот, кто запретил питье его, равным образом запретил продажу его и пользование полученною за него ценою».

Ни служить к уплате его долгов. Если мусульманин имеет долги и желает уплатить их деньгами, полученными от продажи хамра, то как платеж, так и получение денег незаконны, ибо деньги получены от незаконной продажи и составляют или предмет незаконного владения, или предмет поклажи в руках мусульманина, сообразно различным мнениям ученых по этому предмету, так же, как в случае продажи падали. Если, напротив, должник — зиммий, то его кредитор-мусульманин может принять такой платеж, ибо продажа хамра законна для зиммиев.

Или для его пользования. Незаконно пользоваться хамром в качестве лекарства или для чего-либо иного, ибо пользование мерзостью запрещено.

Питье его в каком бы то ни было количестве влечет за собою наказание. Кто пьет хамр, подлежит наказанию, хотя бы он не был опьянен. В преданиях сказано: «Пусть тот, кто пьет хамр, будет наказан розгами; и если он снова будет пить, то пусть опять

¹ И, следовательно, подлежит наказаниям за вероотступничество.

будет наказан таким же образом». Все согласны по этому предмету; число предписанных ударов — восемь.

Если только он не прокипячен. Если кто-либо прокипятит хамр до тех пор, пока две трети его не испарятся, то этим хамр не делается законным. Если, однако, после того кто-либо станет пить такой хамр, то он не подлежит наказанию, если не будет опьянен.

Но он может быть превращен в уксус. Законно делать уксус из хамра. Имам Шафии, однако, противоположного мнения.

II. Базик (прокипяченный сок винограда), называемый (если выкипячен до половины) мониссафом. Вот все, что следовало сказать о хамре, первом в ряду запрещенных напитков. Второй род запрещенного напитка есть виноградный сок, выкипяченный менее чем на две трети. Он называется базик. Его называют также мониссафом, но только тогда, когда при кипячении испарилась как раз половина. Этот род напитка незаконен, по мнению всех наших ученых; по мнению обоих учеников — с того времени, когда он бродит и становится спиртным; по мнению Абу Ханифы — когда он пенится и дает осадок. Узрай говорит, что мониссаф законен потому, что это хороший напиток, или, другими словами, он приятен на вкус; а также потому, что это не хамр. Наши ученые доказывают, что так как мониссаф чист и так же приятен, как хамр, то многие распущенные склонны пить его; и потому он запрещен ради предотвращения тех последствий, которые от него бывают.

III. Сиккер (настойка из фиников). Третий род запрещенных напитков называется сиккер и получается посредством опускания свежих фиников в воду, пока не станет сладкою, после чего незаконно и непристойно пить такую воду. Шарих-Ибн-Абдулла утверждает, что этот напиток законен, так как Бог, говоря о своем милосердии в Коране, сказал: «Вы наслаждаетесь сиккером от винограда и фиников»; откуда следует заключить, что этот напиток законен, потому что милосердие не может выражаться в чем-либо незаконном. Наши ученые ссылаются на единогласное мнение всех товарищей Пророка об этом предмете; что же касается вышеприведенного текста, то он относится к известному периоду, к младенчеству ислама, когда все сорта спиртных напитков были разрешены.

IV. Нуку-забиб (настой из винограда). Четвертый род запрещенных напитков есть нуку-забиб, то есть вода, в которую опущен виноград, отчего она становится сладкою и изменяется в своем составе. Этот напиток, однако, законен, когда вода приобрела лишь сладость, и запрещен, когда он бродит и становится спиртным. Узрай и относительно этого напитка другого мнения.

Три последних напитка не столь незаконны, как хамр. Их можно считать законными, не навлекая на себя обвинения в неправоверии. Следует заметить, что незаконность этих напитков, именно — базика, мониссафа и нуку из фиников и винограда, не так сильна, как незаконность хамра. Посему, если кто-либо считает их законными, он все-таки не признается неправоверным. Другое дело — относительно хамра: незаконность его неоспорима.

И можно пить (не доводя себя до опьянения) безнаказанно. Сверх того, наказание не полагается за питье этих напитков в количестве, не могущем произвести опьянение; между тем как употребление одной только капли хамра влечет за собою наказа-

ние. Равным образом мерзость этих напитков, по одному преданию, незначительна, а по другому — чрезвычайна; но мерзость хамра чрезвычайна по всем преданиям.

Они могут быть также продаваемы и составляют предмет ответственности. Продажа этих напитков, по Абу Ханифе, законна и лицо, испортившее их, обязано дать вознаграждение. Напротив, оба ученика полагают, что продажа их незаконна и что лицо, испортившее их, не ответственно.

Но их не следует употреблять. Незаконно каким бы то ни было образом употреблять вышеупомянутые напитки, так как они запрещены. Передают, что Абу Юсуф считает продажу упомянутых напитков, исключая хамр, законною, если более половины и менее двух третей их испарились при кипячении.

Имам Мухаммад в «Джами-ус-Сагире» замечает, что всякого рода напитки, за исключением упомянутых выше, законны. Это мнение приводится только в «Джами-ус-Сагире» и не находится в других книгах. В подтверждение сего там приводится, однако, мнение Абу Ханифы, что всякого рода крепкие напитки из пшеницы, ячменя, меда или проса законны, если не пить их до опьянения; и он действительно утверждает, что наказания не полагается даже в случае опьянения. Посему, если какое-либо лицо, опьяненное этими напитками, даст развод своей жене, то это действительно так же, как развод, произнесенный в сонном состоянии или лицом, способности которого ослаблены вследствие употребления опиума или кобыльего молока в лекарственной смеси. В другом месте передается, как мнение имама Мухаммада, что всякого рода крепкие напитки, за исключением перечисленных выше, запрещены: что если кто-либо пьет их до опьянения, тот подлежит наказанию, и что развод, произнесенный им в таком состоянии, действителен так же, как в случаях запрещенных напитков. Согласно этому мнению постановляются решения. Он говорит также в «Джами-ус-Сагире», что Абу Юсуф сперва объявил незаконным всякого рода вино, которое бродило, стало спиртным и затем не подверглось порче в течение десяти дней; но что впоследствии он присоединился к мнению Абу Ханифы. Другими словами, он сперва, согласно с имамом Мухаммадом, считал все опьяняющие напитки незаконными, но впоследствии принял мнение Абу Ханифы. Один только Абу Юсуф требовал, чтобы напиток оставался десять дней без порчи. Однако впоследствии он отступил от этого мнения и присоединился в этом отношении к мнению имамов Мухаммада и Абу Ханифы. В «Кудури» говорится, что настой из винограда или сухих фиников, немного вскипяченный, даже ставший спиртным, может быть законно употребляем в таком количестве, которое не может вызвать опьянение, если только это делается не напоказ и без наслаждения. Это согласно лишь с мнением обоих старших, ибо имамы Мухаммад и Шафии считают это незаконным.

Хултин (смесь из настоя винограда и фиников) может быть употребляем для питья. Не запрещается употреблять для питья хултин, то есть настой из фиников, смешанный с настоем из винограда и прокипяченный до брожения и образования спирта. Это основано на случае с Ибн Зийядом, который передается им самим следующим образом: «После того, как Абдулла, сын Омара, дал мне выпить какой-то шербет, я до того опьянел, что не узнал своего дома. Я отправился к нему на другое утро, и когда передал ему о случившемся, то он сказал, что дал мне напиток, состоящий из фиников и винограда». Это, без сомнения, был хултин, подвергшийся кипячению, ибо в другом месте Омар говорит, что напиток этот незаконен в сыром виде.

Напитки из мёда или зерна законны. Напиток из мёда, пшеницы, ячменя или проса законен, по Абу Ханифе и Абу Юсуфу, даже некипяченный, если только его пьют не для показа или удовольствия. В доказательство они приводят изречение Пророка: «Хамр есть произведение этих двух деревьев» (то есть виноградной лозы и финикового дерева); следовательно, он ограничил запрещение этими двумя деревьями. Следует заметить, что некоторые ученые требуют для законности этих напитков кипячения их. Другие, напротив, полагают, что в этом нет никакой надобности (и таково мнение, приводимое в «Мабсуте»), потому что эти напитки не такого рода, что употребление малого количества их возбуждает желание выпить больше, все равно, прокипячены ли они или нет. Равным образом возбуждал спор о том, подлежит ли наказанию лицо, приведшее себя в опьянение одним из этих напитков. Некоторые говорят, что не подлежит.

Но тот, кто доведет себя до опьянения этими напитками, подлежит наказанию. Законоведы решили, однако, иначе, ибо имам Мухаммад передает, что наказанию подлежит каждый, доведший себя до опьянения одним из вышеозначенных крепких напитков, потому что в наше время лица развращенные прибегают к ним так же, как в прежнее время к другим напиткам, и даже больше. То же правило применяется к крепким напиткам, извлеченным из молока. Многие говорят, что всякий напиток из кобыльего молока незаконен, по мнению Абу Ханифы, потому что он извлечен из тела. Законоведы, однако, замечают, что более основательно то мнение, что молоко не запрещено, по Абу Ханифе, хотя он и объявил, что лошадиное мясо непристойно, но это или потому, что иначе уничтожено было бы средство к завоеваниям, или потому, что лошадь — благородное животное; но ни одна из этих причин не имеет значения относительно молока.

Мусаллас (виноградный сок, выкипяченный до одной трети) законен. Если виноградный сок прокипячен до того, что две трети его испарились (причем он получает название мусаллас), то он становится законным, по мнению обоих старших, несмотря на спиртуозность. Имамы Мухаммад, Шафии и Малик думают иначе. (Такое разногласие существует, однако, лишь в том случае, когда напиток этот употребляется для укрепления здоровья, ибо если его пьют ради удовольствия, то все единогласно считают его незаконным). Имамы Мухаммад, Шафии и Малик в подкрепление своего мнения приводят изречение Пророка: «Всякий опьяняющий напиток есть хамр; и то, что в большом количестве производит опьянение, запрещено даже в небольшом количестве» и в другом месте: «Всякий напиток, чашка которого производит опьянение, незаконен даже в количестве одной капли». Другой довод заключается в том, что всякий опьяняющий напиток имеет свойство поражать чувства и, следовательно, запрещен как в большом, так и в малом количестве, подобно хамру. Оба старших в подтверждение своего мнения приводят изречение Пророка: «Хамр незаконен по самой своей природе» и в другом месте: «Малое или большое количество его одинаково незаконно; и опьянение всяким другим крепким напитком (то есть всякого рода напитками, кроме хамра) запрещено». Но так как Пророк поставил опьянение условием в отношении других напитков, кроме хамра, то отсюда можно вывести, что незаконность их основана только на этом обстоятельстве. Кроме того, поражение чувства имеет место только тогда, когда напитки употребляются в таком количестве, что производят опьянение, что незаконно. Небольшое количество вся-

кого крепкого напитка, кроме хамра, никогда не бывает незаконным, за исключением случая, когда вследствие тонкости и чистоты небольшое количество возбуждает желание выпить больше, в каковом случае закон не делает различия между количеством выпитого. Но этого нельзя сказать относительно мусалласа, небольшое количество которого, ввиду густоты его, не возбуждает желания к употреблению большого количества и который по существу своему есть пища; будучи употребляем в умеренном количестве, он сохраняет свою первоначальную законность¹.

Общие правила относительно этого напитка. Если немного воды прибавить к мусалласу и затем вскипятить его, то он все-таки остается мусалласом, так как прибавка воды служит лишь к ослаблению его. Другое дело, когда вода смешивается с сырым соком и эта смесь кипятится до испарения двух третей; здесь испаряется либо одна вода, либо вода с соком; и в обоих случаях ясно, что две трети чистого винограда или финикового сока не испарились, а это требуется для того, чтобы напиток стал законным.

Правила при кипячении невыжатого винограда. Если виноград сперва кипятится, а затем из него выжимается сок, то весьма незначительная степень добавочного кипячения достаточна для законности напитка, по одному преданию, касающемуся Абу Ханифы. По другому преданию, напиток становится законным только по испарении двух третей его при кипячении; и это мнение более основательно, ибо так как сок остается в кожице и не изменяется вследствие кипячения, то он подобен некипяченому соку.

Или относительно смеси винограда с финиками. Если свежий или сухой виноград, смешанный с финиками, будет прокипячен, то две трети смеси должны испариться, чтобы напиток стал законным. Хотя для фиников часто достаточно незначительного кипячения, но для виноградного сока всегда требуется, чтобы при кипячении две трети его испарились. То же правило применяется, когда виноградный сок смешан с настоем из фиников. Если, однако, сухой виноград по смешении с финиковою водою будет немного вскипячен, а затем в смесь будет опущено несколько фиников или сухого винограда, то если только количество прибавленного мало и не настолько значительно, что получится набиз, напиток законен. Другое дело, когда количество прибавленного не мало: если, например, горшок финикового или виноградного настоя смешан с прокипяченным соком. Лицо, употребляющее такой напиток, не подлежит наказанию, потому что незаконность его основана лишь на соображениях предосторожности.

Напиток, раз ставший спиртным, не становится законным вследствие кипячения. Если хамр или другой спиртной напиток будет выкипячен до испарения двух третей, то он все-таки не становится законным, ибо раньше установленная незаконность его не устраняется вследствие кипячения.

¹ Здесь содержится намек на мнение Абу Ханифы, которое он поддерживал против имама Малика, что всякая вещь первоначально законна по своей природе и становится незаконною только вследствие запрещения, выраженного в священных книгах, между тем как, по мнению имама Малика, всякая вещь первоначально незаконна, пока не будет освящена Кораном.

Правила употребления посуды. Не запрещается выжимать сок в посуду зеленого цвета или в посуду, внутренность которой вымазана маслом. Во времена младенчества мусульманской веры было в обычае держать хамр в такой посуде; когда хамр стал незаконным, то Пророк запретил употребление этой посуды для большей предосторожности. Однако впоследствии он разрешил употребление этой посуды ввиду того, что сама по себе она ничего не делает незаконным. Посему, если в такой посуде хранился хамр, то необходимо вымыть ее до употребления. Если посуда старая, то она становится чистою после трех омовений; если же она новая, то, по мнению имама Мухаммада, она никогда не может быть очищена, ибо тогда вино впитывается и оставляет на ней глубокий след. Абу Юсуф полагает, что она может быть очищена троекратным омовением с промежутками, в которые ей следует давать высохнуть. Некоторые говорят, что, по мнению Абу Юсуфа, способ очистки состоит в том, что посуду наполняют водою и оставляют на короткое время, затем опорожняют ее и снова наполняют, и так далее, до тех пор, пока выливаемая вода не станет совсем чистою; тогда и посуда чиста.

Из хамра можно делать уксус. Когда хамр превратится в уксус, то последний законен, будет ли он превращен путем прибавления в него чего-либо (например, соли или уксуса) или станет таковым сам собою.

И посуда, в которой таким образом получился уксус, становится чистою. Когда хамр превратился в уксус, то посуда, в которой он содержится, становится чистою сообразно с количеством хамра. Что касается той части посуды, которая оставалась свободною, то некоторые говорят, что и она становится чистою как принадлежность посуды; но другие полагают, что так как она была омочена хамром, то не становится чистою пока не будет омыта уксусом, после чего непосредственно очищается. Равным образом, если хамр будет вылит из посуды и она будет вымыта уксусом, то (как говорят законоведы) становится чистою.

Правила относительно осадка хамра. Непристойно пить осадок хамра или пользоваться им при чесании волос, как делают некоторые женищны, ибо осадок не совсем свободен от частиц хамра, а незаконно пользоваться незаконною вещью, ввиду чего незаконно пользоваться им для заживления раны. Равным образом незаконно давать его неправоверному или малолетнему; и, кто делает это, принимает на себя грех. Незаконно поить им четвероногих. Однако относительно этого пункта некоторые говорят, что хотя незаконно приносить для четвероногих хамр, но если животное, будучи приведено к нему, само станет пить, то в этом нет непристойности; подобно тому, как не следует давать собаке падаль, но если собака будет приведена к месту, где лежит падаль, то можно допустить, чтобы она ее ела.

Разрешается смешивать осадок хамра с уксусом. В этом случае, однако, необходимо принести уксус туда, где находится осадок, и там смешать их; иначе — незаконно.

Лицо, пьющее осадок хамра без опьянения, не подлежит наказанию. Имам Шафии — другого мнения, ибо в этом случае по необходимости будут выпиты и некоторые частицы хамра. Наши ученые доказывают, что так как осадок хамра неприятен на вкус, то небольшое количество его не возбуждает желания большего; и посему, как и относительно других крепких напитков, следует сказать, что употребление небольшого количества, не сопровождаемое опьянением, ненаказуемо.

Впрыскивание хамра незаконно, но не наказуемо. Впрыскивание хамра в задний проход или в мочевой канал незаконно. Но оно не наказуемо, так как наказание полагается только за питье его.

Так же, как и прибавление его в пищу. Если кто-либо прибавит хамр в суп, то незаконно есть такое кушанье, потому что оно стало нечистым. Тем не менее, лицо это не подлежит наказанию, ибо хамр является как бы прокипяченным.

Если кто-либо прибавит в тесто хамр, то незаконно есть хлеб или пирожное из этого теста, так как много частиц хамра все-таки остается в нем.

Раздел. О кипячении виноградного сока

По этому предмету следует соблюдать три общих правила. Относительно кипячения виноградного сока существуют три правила.

Первое правило заключается в том, что все, вытекшее из посуды вследствие кипения или образования пены, не принимается в расчет, но считается как бы не принадлежавшим к соку; а остальное кипятится до испарения двух третей, чтобы остающаяся треть была законна. Для разъяснения сего предположим, что кто-либо намерен выкипятить десять чашек сока: в этом случае, если одна чашка вытечет из посуды вследствие кипения, то он должен кипятить остальной сок до тех пор, пока не испарятся шесть чашек, а в посуде останутся три чашки, которые законны.

Второе правило состоит в том, что если сперва к соку будет прибавлена вода и смесь будет подвергнута кипячению, вода же вследствие своей легкости вскоре испарится, то требуется, чтобы то, что осталось после испарения воды, закипятилось до испарения двух третей. Напротив, если вода и сок испаряются вместе, то необходимо кипятить смесь до испарения двух третей ее для того, чтобы оставшая треть была законна, ибо здесь остающаяся треть смеси из воды и сока представляет то же самое, как если бы к оставшейся трети чистого сока была прибавлена вода. Для примера предположим, что кто-либо смешивает десять чашек сока с двадцатью чашками воды. Если испаряется одна вода, смесь должна быть прокипячена до одной девятой ее, равной одной трети чистого сока; между тем как если вода и сок испаряются вместе, то вся смесь должна кипеть до тех пор, пока не испаряется две трети ее.

Если сок кипятится на огне один или несколько раз до приобретения им опьяняющего свойства, то он законен. Равным образом, если сок, будучи снят с огня, продолжает кипеть до испарения двух третей, то он законен, так как испарение есть действие огня.

Третье правило применяется тогда, когда при кипячении сока часть его испарится, а другая часть прольется; причем должно узнать, сколько еще подлежит испарению, чтобы остаток был законен. Правило следующее: количество, оставшееся после того, как часть вытекла, множится на треть всего количества, а произведение делится на количество, оставшееся после испарения части сока: частное и покажет законное количество. Так, если кто-либо кипятит десять чашек сока, из которых одна чашка испарилась и три чашки вытекли, то три чашки с третью (одна третья часть всего сока), помноженные на шесть (количество, остающееся после испарения и пролития сока), дадут двадцать; разделив это число на девять, мы получим две и две девятых чашки, каковое количество законно по испарении остального.

КНИГА XLVII ОБ ОХОТЕ

Раздел I. О ловле дичи с помощью животных, предназначенных для охоты, каковы собаки, соколы и др.

Законно охотиться при помощи всех животных, принадлежащих к охотничьей породе и надлежащим образом дрессированных. Законно охотиться с дрессированными собаками, ястребом, соколом, словом, со всеми дрессированными животными, принадлежащими к охотничьей породе. В «Джами-ус-Сагире» говорится, что дичь, пойманная с помощью дрессированного животного, принадлежащего к охотничьей породе, будь то птица или млекопитающее, законна; но что пойманная с помощью другого животного — незаконна, если не взята живою и убита путем забха. Это учение основано на тексте Корана, в котором упоминается о дрессированных собаках. Термин «калб» (собака) означает в общем смысле всякое плотоядное животное, даже тигра. Передают, однако, как мнение Абу Юсуфа, что тигры и медведи исключаются, так как животные эти не охотятся для других — тигры вследствие своей дикости, а медведи вследствие своей прожорливости. Некоторые птицы из породы коршунов также исключаются вследствие своей прожорливости; а свинья исключена по причине присущей ей мерзости и незаконности извлечения из нее какой-либо пользы. Следует заметить, что для законности дичи необходимо, чтобы пойманное таковую животное принадлежало к охотничьей породе и было выдрессировано, а также чтобы оно было спущено во имя Господа, ибо так сказано в предании об Авдии, сыне Гатим Тайя.

Правила для удостоверения в том, что собака и т.п. надлежащим образом дрессированы. Признак дрессировки собаки заключается в том, что она трижды поймала дичь, не съевши ее; а признак дрессировки сокола заключается лишь в том, что он возвращается к хозяину на зов его. Эти признаки приняты Абдуллой Ибн-Аббасом. Кроме того, сокол не в состоянии перенести побоев; но так как, напротив, собака переносит их, то следует бить ее, пока она не перестанет есть пойманную дичь. Сокол, по праву своему, дик и улетает от человека; его послушание на призыв хозяина и обнаружение дикости есть признак дрессировки. Что касается собаки, то она привязана к человеку, но она привыкла рвать и пожирать; и если она сохраняет дичь, не пожирая ее, то это есть признак дрессировки. Следует заметить, что требование троекратного воздержания собаки от пожирания дичи составляет учение обоих учеников (а равно существует предание об Абу Ханифе в том же смысле); и основано оно на том, что повторявшееся менее трех раз воздержание было последствием

сытости или подобной причины; но если собака воздержится три раза, то это доказывает, что воздержание стало у нее привычкой, ибо число три есть установленное мерило для испытания и для открытия отступлений. Передают также, что число это было принято в истории о Моисее и Хизре, ибо Хизр после третьего примера сказал: «Теперь мы разделены друг от друга». Другое основание то, что множественность есть признак знания, а так как три — наименьший знак множественности, то число это и избрано в качестве мерил. Однако, по мнению Абу Ханифы, как таковое передано в «Мабсуте», дрессировка не может быть установлена, пока она не признается охотником, — и он считает неудобным остановиться на числе три, ибо установление известного числа не может быть основано на предположении человека, но должно быть предписано священными книгами. Так как по этому предмету никакого предписания не дано, то следует предоставить решение вопроса тому, кто лучше знаком с делом, именно — охотнику. По более раннему преданию, Абу Ханифа считает дичь, пойманную в третий раз, законною, между тем как оба ученика утверждают, что таковая незаконна, так как животное становится дрессированным только после третьего раза; следовательно, дичь, пойманная в третий раз, поймана недрессированным животным и как таковая незаконна. Это подобно действию раба в присутствии господина: если раб совершает какие-либо акты в присутствии своего господина, например, покупку или продажу, а господин, видя и зная это, хранит молчание, то раб получает право совершить не только означенный акт, но и все те, которые он совершит впоследствии. Так и в рассматриваемом случае. Абу Ханифа доказывает, что если животное поймает дичь в третий раз и не съест ее, то это служит доказательством того, что животное получило дрессировку, следовательно, дичь поймана дрессированным животным.

Призыв должен быть повторен (или, по крайней мере, не должен быть намеренно упущен) во время спуска собаки и т.п. Когда кто-либо спускает собаку или сокола и во время пуска произнесет имя Бога или не сделает этого по забывчивости, а собака или сокол поймают дичь и ранят ее так, что она околеет, то дичь может быть законно употреблена в пищу. Если же он намеренно, а не по забывчивости, упустит произнести имя Бога, то он не может есть пойманную таким образом дичь. В «Захири-Риваяте» упоминается, что поранение дичи есть условие ее законности, так как дает средство к совершению забх изтирари.

Если употребляемое для охоты четвероногое пожрет часть дичи, то таковая становится незаконною. Если собака пожрет часть дичи, то незаконно есть ее, но если часть дичи будет пожрана соколом, то ее можно употребить в пищу. Разница между этими двумя случаями уже была объяснена.

Если, например, собака несколько раз поймает дичь, не пожирая ее, а затем, поймав ее, пожрет часть ее, то такая дичь незаконна, ибо то обстоятельство, что собака ела ее, свидетельствует о том, что она не выдрессирована надлежащим образом. Равным образом дичь, которую такая собака поймает впоследствии, законна только тогда, когда собака вновь будет выдрессирована, относительно чего существует такое же разногласие, как и относительно первоначальной дрессировки. Что касается дичи, которую она раньше поймала, то незаконность касается несъеденных частей; но части, которые не были сохранены (то есть были оставлены в поле), незаконны, по мнению всех наших ученых. Части, которые сохранены (то есть которые охотник

принес домой), незаконны, по Абу Ханифе. Оба ученика утверждают, что они законны. Они полагают, что если собака пожрала дичь, то это не доказывает отсутствия дрессировки, ибо искусство может быть приобретено, а затем забыто. Абу Ханифа, напротив, думает, что это обстоятельство свидетельствует о том, что собака никогда не была надлежащим образом дрессирована.

Дичь, пойманная соколом по возвращении его в дикое состояние, незаконна. Если сокол улетит от своего хозяина, останется некоторое время в диком состоянии и затем поймает дичь, то таковая незаконна: сокол в этом состоянии не дрессирован, потому что признак дрессировки есть возвращение к хозяину; а так как он не возвратился, то нет и признака дрессировки.

Дичь, кровь которой пьет собака, не перестает быть законною. Если собака пьет кровь дичи и не ест ее мяса, то дичь законна и может быть употреблена в пищу, так как собака сохранила ее для своего господина, что свидетельствует о хорошей дрессировке, ибо собака ест то, что не годится для ее хозяина, и оставляет то, что для него годно.

Равно законна дичь, от которой собака съела отрезанный для нее и брошенный ей хозяином кусок. Если охотник, взяв от своей собаки дичь, отрежет кусок ее и бросит собаке, а последняя съест его, то остальная часть все-таки законна, так как она уже не составляет дичи. Случай здесь в действительности тот же, как если бы кто-либо бросил собаке другого рода пищу. Закон тот же, когда собака прыгнет на своего хозяина и схватит из его рук часть мертвой дичи и съест таковую, ибо случай этот подобен тому, когда собака нападет на козу своего хозяина и заест ее, что не служит доказательством отсутствия дрессировки.

Случай, когда собака, преследуя дичь, откусит часть ее. Если собака схватит дичь зубами и, откусив часть, съест ее, а затем поймает эту дичь и убьет ее, не съедая другой какой-либо части, то дичь, незаконна: вследствие того, что собака съела часть дичи, становится очевидным, что она не дрессирована. Если, напротив, она оставит откусанную часть и, поймав дичь, убьет ее и принесет к хозяину, ничего не съев, а затем, найдя откусанную часть, съест ее, то дичь законна; если бы собака съела часть дичи, находящейся в руках хозяина, это не имело бы значения, и тем более не имеет значения то, что собака съела часть, отделенную от дичи и которую хозяин не мог употребить в пищу. Другое дело — в первом случае, ибо там собака съела часть дичи во время самой охоты, а также потому, что оторвание куска мяса зубами допускает два толкования. Во-первых, это может быть сделано с намерением съесть оторванное; во-вторых, это может быть сделано лишь для ослабления животного, чтобы легче поймать его; но съедение оторванного куска до поимки животного доказывает правильность первого предположения, между тем как съедение этого куска после поимки животного и передачи такового хозяину говорит за второе предположение, ввиду чего нельзя сделать заключения об отсутствии у собаки дрессировки.

Дичь, пойманная живою, должна быть убита путем забха. Если охотник поймает живую дичь, раненную его собакою, он обязан зарезать ее по предписанной форме (забх), и если он промедлит сделать это, пока дичь не околеет, то она составляет падаль и не может быть употреблена в пищу. Правило то же относительно дичи, пойманной соколом и др. или пораженной стрелою. Это основано на том, что охотник

имеет возможность совершить основной обряд, забх ихтиари, до наступления необходимости в заменяющей таковую забх изтирари, и посему действительность этой последней уничтожена. Закон предполагает в охотнике способность совершить забх. Но когда он поймает дичь живою и не способен совершить забх, а в животном остается более жизни, чем в животном, горло которого только что перерезано, то такая дичь (по «Захири-Риваяту») незаконна. Передают как мнение Абу Ханифы и Абу Юсуфа, что такая дичь законна (и мнение это было принято имамом Шафии), ибо охотник не способен соблюсти основной обряд и посему находится в положении человека, принужденного взять вместо воды песок, хотя он находится в виду воды. Довод, приведенный в «Захири-Риваяте», заключается в том, что поимка охотником живой дичи равносильна возможности для него совершить забх, так как делает для него возможным прикоснуться до горла животного рукою. И так он некоторым образом имеет в своей власти совершить забх, чем пренебрегает. Другое дело, когда в животном остается лишь столько жизни, сколько бывает после перереза горла: тогда оно фактически мертво, ввиду чего, если в таком состоянии оно упадет в воду, то не становится незаконным, так же, как если бы оно упало в воду мертвым, ибо мертвое животное не может быть предметом забха. Некоторые ученые более подробно рассмотрели этот случай, утверждая, что если невозможность совершить забх происходит от недостатка в инструменте, то не разрешается есть эту дичь, и что если невозможность происходит от недостатка времени, то и в этом случае не разрешается есть дичь, по мнению наших ученых и в противоположность мнению имама Шафии. Наши ученые доказывают, что когда животное поймано живым, то оно уже не составляет дичи, ибо этот термин применяется только к тому, что дико и свободно; и посему здесь забх изтирар не производит никакого действия. Сказанное здесь основано на предположении, что животное поймано живым и что представляется возможность к продолжению его жизни, ибо если к тому не представляется возможности (например, когда живот был распорот и из него вышла часть внутренностей), то животное может быть употреблено в пищу без совершения забха, так как остающаяся в нем жизнь равносильна лишь сопротивлению животного, горло которого перерезано, каковое сопротивление лишено значения.

Если только она проживет достаточно времени для исполнения этого обряда. Если охотник найдет дичь живою и не отнимет ее от собаки, пока она не околеет, имея достаточно времени для совершения забха, то он не может употребить эту дичь в пищу; это равносильно упущению забха при возможности совершить его. Напротив, если он нашел дичь живою в такое время, когда уже не было возможности совершить забх, то дичь эта законна.

Пойманная дичь законна, хотя бы она была и не та, которую охотник имел в виду. Если охотник спустит свою собаку на известную дичь, а собака поймает другую дичь, то таковая законна. Имам Малик говорит, что эта дичь незаконна, ибо собака поймала ее, не будучи натравлена на нее, так как охотник натравил ее на другую дичь. Наши ученые доказывают, что охотник имеет целью лишь приобретение дичи, и для него всякая дичь хороша. Указание известной дичи бесполезно, так как невозможно приучить собак ловить только данное определенное животное.

Правило при спуске пантеры на дичь. Если кто-либо спускает на дичь пантеру¹, которая некоторое время останется в засаде, а затем поймает и убьет дичь, то такую законно употреблять в пищу. Так как нахождение пантеры в засаде имело целью поймать дичь, а не отдых, то это обстоятельство не заканчивает акта спуска пантеры. То же правило применяется и к собаке, дрессированной наподобие пантеры.

Вся дичь, пойманная собакою по одному призыву, законна. Правило, применяемое при этом относительно собаки. Если собака будет спущена на дичь, поймает и убьет ее, а затем поймает и убьет другую дичь, то и та, и другая законна, потому что акт спуска не окончился, а продолжает действовать до поимки второй дичи. Этот случай подобен тому, когда кто-либо стреляет в животное стрелою, которая убьет не только это животное, но и другое. Если, напротив, собака, убив первую дичь, ляжет на землю и останется в покое продолжительное время и затем, заметив пробегающую дичь, вскочит и убьет ее, то последняя не может быть употреблена в пищу, ибо собака, улегшись и отдыхая, окончила акт спуска и села для отдыха, а не для введения дичи в заблуждение.

И соколов. Если сокол, будучи спущен на дичь, сперва усядется на что-либо, а затем, отправившись в поиски за дичью, поймает и убьет ее, то она может быть употреблена в пищу. Это, однако, предполагает, что сокол промедлит недолго и не для отдыха, а только короткое время и с целью накрыть дичь.

Дичь незаконна, если она поймана (соколом и т.п.) независимо от действия охотника. Если дрессированный сокол поймает дичь и убьет ее и не будет известно, спустил ли его кто-либо на эту дичь, то незаконно есть ее, ибо в этом случае существует сомнение относительно спуска, а дичь законна только тогда, если поймавшее ее животное было спущено на нее.

Для законности ее, если она поймана мертвою, требуется, чтобы из нее вытекла кровь. Если дичь будет удушена собакою и не ранена, то незаконно есть ее, потому что поранение ее, по «Захири-Риваяту», составляет условие ее незаконности, а отсюда следует, что если только некоторые члены дичи были переломаны собакою, то такую дичь не должно употреблять в пищу.

Дичь становится незаконною вследствие привождения какой-либо причины незаконности при поимке ее. Если дрессированной собаке помогает при убиении дичи недрессированная, или собака, принадлежащая магу, или такая, при спуске которой намеренно упущен призыв, то дичь незаконна, ибо здесь соединены два основания — законное и незаконное, а из предосторожности следует придать решающее значение основанию незаконности.

Дичь, взятая на охоте лицом, не имеющим права совершать забх, незаконна. Лицо, не имеющее права совершать забх (каковы вероотступник, мохрим или лицо, намеренно упускающее призыв), в отношении спуска животного из охотничьей породы рассматривается как маг.

¹ Пантера, употребляемая для охоты, обыкновенно оставляется с повязанными глазами и перевозится с места на место в особо приспособленной повозке. Когда охотники приблизятся к дичи, то с пантеры снимают повязку и цепь, и она мгновенно бросается на свою добычу, если может достигнуть ее, или употребляет множество уловок, чтобы приблизиться к ней на скачок.

Если собака, не будучи спущена, сама станет преследовать дичь, а мусульманин произнесет призыв, а затем окрикнув собаку и подстрекнет ее бежать быстрее и собака поймает дичь, то он может употребить таковую в пищу.

Дичь, убитая при вторичной поимке (тою же собакою или другою) законна. Если мусульманин, произнеся призыв, спустит собаку на дичь, а собака, схватив дичь и ослабив ее, выпустит, а засим снова поймает ее и убьет, то такая дичь может быть употреблена в пищу; а равно и тогда, когда мусульманин спустит двух собак, из которых одна ослабит, а другая убьет дичь; или когда два лица спустят своих собак (то есть каждое из них по одной собаке) и одна собака ослабит дичь, а другая убьет ее. Однако в последнем случае дичь составляет собственность того, чья собака ослабила ее, так как она лишила ее свойства дичи, сделав для нее невозможным бегство.

Раздел II. О стрельбе дичи из лука¹

Дичь, убитая охотником, выстрелившим наудачу, на шум, законна, если только шум исходил от дичи. Если кто-либо услышит шум и, предполагая, что он исходит от дичи, метнет стрелу или спустит собаку или сокола и дичь будет убита, а затем обнаружится, что шум действительно исходил от дичи, то дичь, убитая стрелою, собакою или соколом, может быть употреблена в пищу, хотя бы шум исходил и не от этой именно дичи, потому что цель охотника состояла лишь в поимке дичи, какой бы то ни было. Это — по «Захири-Риваяту». Передают мнение Абу Юсуфа, что свинья составляет исключение; другими словами, если впоследствии обнаружится, что шум исходил от свиньи, то дичь, убитая стрелою, соколом или собакою, незаконна, ибо свинья в высшей степени нечиста, ввиду чего ни одна часть ее не становится законною вследствие охоты, в противоположность другим четвероногим, ибо их кожа, если они убиты на охоте, становится законною. Имам Зуфар исключил также тех животных, мясо которых не может быть употребляемо в пищу.

Дичь, убитая стрелою, направленною в другое животное, законна. Если стрела будет направлена в птицу, а убьет другую дичь, а птица, в которую стрела была направлена, улетит и не будет известно, была ли она дикая или ручная, то дичь законна, так как представляется вероятным, что птица была дикая. Напротив, если стрела будет направлена в верблюда и попадет в дичь, а верблюд убежит и останется неизвестным, был ли он диким или нет, то дичь незаконна, ибо естественное состояние верблюда прирученность. Если, с другой стороны, стрела будет пушена в рыбу или саранчу, а попадет в дичь, то последняя законна, по мнению Абу Юсуфа, согласно одному преданию; но, согласно другому преданию, она незаконна, потому что охота равносильна совершению забха, которого не требуется в отношении рыб и саранчи.

Если кто-либо, услышав шум и предполагая, что он исходит от человека, метнет стрелу и убьет дичь, а затем обнаружится, что шум исходил от дичи, то убитая таким образом дичь законна, ибо, когда окажется, что это действительно дичь, то предположение стрелявшего лица лишено значения.

¹ Это отделение в арабском тексте просто озаглавлено «рама», этим словом обозначают пользование всяким металлическим снарядом.

Призыв должен быть сделан в момент спуска стрелы, но если животное будет взято живым, то оно все-таки должно быть зарезано путем забха. Если охотник, спуская стрелу, произнесет призыв и стрела ранит и убьет дичь, то она законна, ибо спуск стрелы, сопровождаемый призывом, и поранение животного равносильно совершению забха. Тем не менее, если животное будет взято живым, то следует зарезать его путем забха.

Дичь, раненная и затем найденная мертвой лицом, путившим стрелу, законна. Если стрела попадет в дичь, которая улетит с нею и исчезнет, а охотник отправится на поиски за нею и найдет ее мертвою, то он может употребить ее в пищу. Напротив, если он не пойдет в поиски за нею и впоследствии случайно найдет ее мертвою, то дичь незаконна, ибо передают, что Пророк считал непристойным есть дичь, исчезнувшую из вида охотника; а также потому, что возможно, что она околела от другой причины.

Если он не откроет на ней другой раны. Если названный выше охотник найдет на дичи другую рану, кроме причиненной его стрелою, то незаконно есть эту дичь, хотя бы охотник не переставал искать ее до самого нахождения. В этом случае соединены два основания: незаконное (другая рана) и законное (рана от стрелы); а по установившемуся обычаю в расчет принимается основание незаконности. Все изложенное относится к метанию стрел, но оно одинаково применимо к спуску собаки и т.п.

Если дичь, будучи убита, упадет в воду, на какое-либо строение и т.п. до достижения земли, то она незаконна. Если кто-либо направит стрелу на дичь и попадет в нее, и она упадет в воду или на крышу дома или на какую-либо другую возвышенность, а затем на землю, то есть ее незаконно, ибо животное в этом случае составляет мутарадию, употребление которой в пищу запрещено в Коране, а также потому, что представляется возможным, что смерть последовала от воды или вследствие падения с возвышенного места, а не от раны.

Правило относительно морских или речных птиц. Если морская или речная птица будет ранена и раненная часть птицы не та, которая находится под водою, то птица законна, а если раненная часть находится под водою, то она незаконна так же, как степная птица, которая, будучи ранена, упадет в воду.

Дичь, убитая ударом и не раненная, незаконна. Дичь, убитая тупою стрелой, незаконна: так сказано в преданиях. Сверх того, следует заметить, что поранение дичи есть условие ее законности, ибо забх изтирари не может быть иначе установлен, как уже было упомянуто¹.

Дичь, убитая пулею из самострела, незаконна, так как она не ранит и подобна тупой стреле. То же следует сказать о камне, так как им не наносится рана. Равным образом дичь незаконна, если она убита большим тяжелым камнем, хотя бы острым, потому что представляется возможным, что причиною смерти была тяжесть камня, а не острота его. Если же камень остер и легкий, то убитая им дичь законна, ибо представляется достоверным, что смерть последовала вследствие причиненной камнем раны.

¹ Из этого и многих других предложения ясно, что необходимо выпустить кровь для того, чтобы дичь была законна.

Дичь, убитая маленьким булыжником, причем им не оторвана ни одна часть дичи, незаконна, ибо в этом случае дичь побита, но не ранена. Равным образом, если дичь будет убита палкой или куском дерева, то она незаконна, ибо тогда смерть произошла от тяжести палки или дерева, а не от раны; но если палка или дерево, имея острые концы, причинит рану, то дичь можно употребить в пищу, ибо палка или дерево тогда подобны мечу или пике. Словом, общее правило заключается в том, что если с достоверностью известно, что смерть последовала от раны, то дичь может быть законно употреблена в пищу; но дичь незаконна, если с достоверностью известно, что смерть произошла от удара, а не от раны; если же существует сомнение (то есть когда достоверно не известно, произошла ли смерть от удара или от раны), то дичь также незаконна ради предосторожности.

Если кто-либо бросит в дичь мечом или ножом и она будет поражена рукоятью меча или тупою стороною ножа, то она незаконна; если же будет поражена острием и ранена, то законна.

Случай отрезания головы животного. Если кто-либо отрежет голову козы, то она может быть употреблена в пищу, так как горловые жилы перерезаны; но, тем не менее, это непристойно. Если, однако, лицо это начнет резать со стороны позвонков и смерть животного последует до перереза горловых жил, то оно не может быть употреблено в пищу; но оно законно, если смерть последует не прежде перереза горловых жил.

Маг, вероотступник или идолопоклонник не могут убивать дичь. Дичь, убитая магом, вероотступником или почитателем изображений, незаконна, так как им не разрешается совершать забх, который, составляет условие законности дичи. Другое дело — христианин или еврей: так как им разрешается совершение забха ихтиари, то отсюда следует, что совершение ими забха изтирари также законно.

Случай ранения дичи одним лицом и убиения ее — другим. Если кто-либо спустит стрелу в дичь и попадет в нее, не ослабив настолько, чтобы лишить ее возможности убежать, и в этом положении она будет убита стрелою другого лица, то дичь принадлежит второму охотнику, ибо он поймал ее, а Пророк сказал: «Дичь принадлежит тому, кто поймает ее». Если, напротив, первый охотник ослабит ее так, что она не может бежать, и другое лицо убьет ее, то она принадлежит первому охотнику. Тем не менее, он не должен употреблять ее в пищу, так как возможно, что смерть ее последовала от второй раны; а так как она не могла бежать после первой раны, то следовало зарезать ее путем забха ихтиари, не обращая внимания на забх изтирари, в противоположность первому случаю. Однако это запрещение есть дичь предполагает, что она находится в таком состоянии, что возбуждает в нас уверенность в возможности продолжения ее жизни, ибо при таких обстоятельствах смерть ее приписывается второй ране; но если первая рана такова, что делает продолжение жизни невозможным (когда в дичи мало жизни как в животном, горло которого перерезано, когда, например, у нее отрезана голова), то дичь может быть употреблена в пищу, так как тогда смерть не приписывается второй ране, ибо в момент получения ее дичь уже находилась в положении, близком к смерти. Если, однако, первая рана такова, что делает продолжение жизни невозможным, и, тем не менее, в дичи более жизни, чем в животном, горло которого перерезано (например, если она может прожить один день), то, по Абу Юсуфу, она не становится незаконною вследствие второй раны, ибо такая

степень жизни не имеет значения; но, по имаму Мухаммаду, она незаконна, так как такая степень жизни имеет значение.

В предыдущем случае второй охотник ответствен перед первым за стоимость, которую дичь имела после получения первой раны, ибо он (второй охотник) испортил дичь, составляющую собственность первого охотника (ставшего собственником вследствие поранения дичи, лишившего ее возможности бежать); и дичь вследствие такой раны стала порченной; а во всех случаях ответственности за порчу имущества в расчет принимается время порчи. Автор «Хидои» замечает, что в этом случае следует делать различие; другими словами, ответственность возникает, когда известно, что смерть дичи последовала от второй раны (то есть когда рана, нанесенная первым охотником, была такова, что животное продолжало жить после нее, а рана, нанесенная вторым охотником, такова, что уничтожила жизнь); следовательно, второй охотник ответствен за стоимость дичи в раненом и испорченном ее состоянии, а не наоборот, так же, как если кто-либо убьет чужого больного раба. Если, однако, известно, что смерть дичи последовала от первой раны, или если неизвестно, от какой раны последовала смерть, то, по мнению имама Мухаммада, изложенному в «Зиадате», второй охотник обязан, во-первых, уплатить вознаграждение за вред от второй раны; во-вторых, уплатить половину стоимости, которую дичь имела до получения обеих ран, и, в-третьих, уплатить вознаграждение за половину стоимости мяса. Основание к первому вознаграждению заключается в том, что второй охотник, причинив вред животному, принадлежащему другому лицу, обязан прежде всего вознаградить за этот вред. Ко второму вознаграждению он обязан потому, что так как животное околело от обеих ран, то непосредственно причиной смерти должна быть вторая рана; а так как оно в то время составляло собственность другого, то он обязан вознаградить за половину стоимости, которую животное имело по получении обеих ран, ибо первая рана была нанесена не им. (Что касается вреда, причиненного второю раной, то, вознаградив за него раньше, он не обязан вознаградить за него вторично). Основание к третьему вознаграждению то, что так как дичь по получении первой раны находилась в таком положении, что могла стать законною с помощью забха ихтиари, если бы не получила второй раны, то отсюда следует, что второй охотник, нанеся дичи вторую рану, сделал для первого охотника половину мяса незаконным. От него требуется уплата только половины стоимости мяса, так как он уплатил за другую половину раньше.

Случай поранения дичи, а затем убийства ее одним и тем же лицом. Если вместо двух лиц одно лицо дважды выстрелит в дичь, то правило относительно незаконности дичи то же самое, как и в случае нанесения двух ран двумя лицами. Случай этот подобен тому, когда кто-либо, выстрелив в дичь и ослабив ее так, что она упадет на какую-либо возвышенность, выстрелит в нее второй раз, вследствие чего она упадет на землю, в каковом случае эта дичь незаконна, причем причиной незаконности является вторая рана. Так и в рассматриваемом случае.

Охотиться можно за всеми животными. Охота за всякого рода животными законна независимо от того, съедобно ли их мясо или нет, ибо законность охоты установлена в Коране абсолютно, не ограничивая таковую животными, мясо которых съедобно. Другое основание состоит в том, что охота за животными, мясо которых несъедобно, может иметь целью получение их кожи, меха или перьев или желание истребить их как вредных или опасных; и все эти побуждения похвальны.

КНИГА XLVIII

О РАГАНЕ, ИЛИ ЗАКЛАДЕ

- Глава I. Введение.
- Глава II. О вещах, способных быть предметом залога, и о вещах, за которые можно давать залог.
- Глава III. О залоге, помещенном в руки третьего лица.
- Глава IV. О власти над заложенными вещами и о правонарушениях относительно этих вещей.

Глава I

ВВЕДЕНИЕ

Определение рагана. Раган дословно означает удержание вещи по какому бы то ни было основанию. На языке закона под ним подразумевают удержание вещи в обеспечение требования, могущего быть удовлетворенным этой вещью, например, в случае долга. Этот договор законен и предписан, ибо слово Бога в Коране говорит: «Давай и получай залог»; также передают, что Пророк при заключении с евреем договора о зерне отдал свою кольчугу в залог для обеспечения платежа. Все ученые согласны относительно законности залога.

Залог устанавливается предложением и принятием и утверждается получением заложенной вещи. Договоры залога устанавливаются предложением и принятием такового и совершаются получением заложенной вещи во владение. Некоторые ученые говорят, что договор считается совершенным непосредственно после предложения. Так как это есть чисто добровольная сделка, то она становится совершенною одним добровольным актом участника, как и в случаях дарения и пожертвования. Тем не менее для действительности сделки необходимо требуется овладение заложенной вещью, как будет показано в своем месте. Имам Малик говорит, что договор залога становится действительным и обязательным непосредственно после соглашения сторон, потому что он относится к собственности обеих и, следовательно, подобен продаже. Один из доводов наших ученых заключается в ссылке на вышеприведенный текст Корана; другой довод заключается в том, что так как залог есть чисто добровольный акт (вследствие чего залогодатель не может быть принужден к совершению этого акта), то он в действительности должен быть совершен так же,

как в случае отказа; а договор залога может быть совершен действительным образом только путем овладения, так же, как отказ считается совершенным вследствие смерти завещателя без отступления от сделанного отказа. Следует заметить, что если залогодатель оставляет вещь залогопринимателю, то это действие равносильно принятию; другими словами, отсутствие с его стороны препятствий к вступлению залогопринимателя во владение вещью равносильно действительному переносу владения на залогопринимателя и составляет достаточное доказательство такого переноса. Так написано в «Захири-Риваяте»; и это основано на том, что так как овладение заложенной вещью санкционируется соглашением сторон, то оно походит на овладение проданной вещью. Передают мнение Абу Юсуфа, что овладение залогом может совершиться только наложением на него руки и перемещением его, а не одним оставлением его со стороны залогодателя, как упомянуто выше, ибо овладение залогом составляет повод к ответственности так же, как при незаконном овладении. Первое мнение, однако, более основательно.

После вступления залогопринимателя во владение вещью договор становится обязательным. После получения кем-либо в залог точно определенной вещи (то есть не связанной и отделенной от имущества залогодателя) ввиду удостоверения принятия ее договор считается совершенным и, следовательно, обязательным. (Однако пока овладение не совершится в действительности, залогодатель волен или остаться при соглашении, или отказаться от него, так как действительность его вполне зависит от овладения, без которого цель залога не может быть достигнута).

И он (залогоприниматель) ответствен за заложенную вещь. Посему после передачи заложенной вещи залогопринимателю и вступления его во владение ею он становится ответственным за порчу ее во время его владения. Имам Шафии утверждает, что залог составляет поклажу в руках залогопринимателя, и если он будет испорчен во время его (залогопринимателя) владения, то он все-таки не теряет своей претензии. В преданиях говорится, что «никакой залог не должен быть арестован за долг, и залогодатель должен отвечать за все случайности», что (по мнению имама Шафии) означает, что если залог пропадет, то все-таки долг не уничтожается ввиду ответственности за пропажу залога; и так как залог служит лишь доказательством, то потеря его не уничтожает долга, ибо долг продолжает существовать даже после потери удостоверяющего его письменного акта. Обычай установления такого доказательства имеет целью придать большую обеспеченность долгу; и посему если бы вследствие порчи или уничтожения залога долг был погашен, то это было бы противно духу соглашения, так как противоречило бы намерению охраны и обеспечения. Доводы наших ученых по этому предмету — двоякого рода. Во-первых, предание о Пророке, который однажды объявил погашенным долг вследствие смерти лошади, бывшей у кредитора в залоге (хотя, действительно, многие ученые при толковании этого предания замечают, что решение это было постановлено в такое время, когда стоимость лошади не могла быть удостоверена). Во-вторых, все товарищи Пророка и их последователи объявили, что залог составляет предмет ответственности, то есть что если залог погибнет во владении залогопринимателя, то убыток падает на него. Что касается мнения имама Шафии, что «залог есть поклажа», то таковое не

может быть принято как противоречащее вышеприведенному мнению всех товарищей Пророка. Равным образом истинный смысл приводимого им предания тот, «что заклад не может быть предметом полного овладения, чтобы стать полною собственностью залогопринимателя взамен его долговой претензии», — объяснение, переданное нам Кархи. Так как, сверх того, залогоприниматель вправе вступить во владение заложенной вещью в качестве обеспечения его претензии и удержать ее (ибо раган в буквальном смысле значит удержание), то отсюда необходимо следует, что заклад не есть поклажа.

Которую он вправе удержать до уплаты ему долга. Словом, по мнению наших ученых, при договоре залога требуется, чтобы заложенная вещь постоянно находилась в руках залогопринимателя вместо долговой суммы, так что она служит у него обеспечением удовлетворения его претензии; между тем как, по мнению имама Шафии, претензия залогопринимателя связана с существом заложенной вещи как удовлетворение этой претензии, так, он может продать ее и таким образом погасить свою претензию, а до этой продажи вещь составляет у него поклажу и собственность поклажателя. Согласно этим различиям во взглядах во многих случаях обнаруживается разногласие между нашими учениками и имамом Шафии.

Не допуская залогодателя к пользованию этою вещью. Например, если залогодатель желает на короткое время взять заложенную вещь обратно, чтобы воспользоваться ею (например, корову для доения ее и т.п.), то он, по мнению наших ученых, вправе сделать это только с согласия залогопринимателя, так как этим способом предмет договора залога (именно — постоянное владение) был бы совершенно разрушен, между тем как, по имаму Шафии, залогодатель может даже принудительно взять данную в заклад вещь обратно для временного пользования ею и не может быть удержан от этого, потому что эта вещь может быть, согласно с природою договора, продана; и обратное взятие вещи для пользования выгодами ее не может считаться противным природе этого договора.

Долг, обеспеченный залогом, должен действительно существовать. Договор залога недействителен, если им не обеспечивается одновременно существующий долг, ибо цель этого договора есть установление владения для обеспечения платежа; но получение платежа предполагает долговое обязательство.

Ответственность за заложенную вещь простирается до суммы, равной претензии залогопринимателя¹. Заложенная вещь обеспечена во владении залогопринимателя до суммы, равной претензии его или стоимости вещи в момент передачи ее, смотря по тому, которая из этих сумм меньше. Так, если заложенная вещь, стоимостью равная долговой сумме, погибнет во владении залогопринимателя, то претензия его погашается, он как бы получает полное удовлетворение. Если, напротив, стоимость заложенной вещи превышает долговую сумму, то излишек считается поклажею, и весь долг является погашенным ввиду уничтожения той части залога, которая равна сумме этого долга; а за остаток, как за поклажу, нет ответственности, следователь-

¹ Другими словами — «залогоприниматель ответствен за нее».

но, убыток от уничтожения его несет залогодатель. Если, с другой стороны, стоимость заложенной вещи менее долговой суммы, то залогоприниматель теряет лишь часть своей претензии, равную стоимости залога, а остальная часть долга должна быть уплачена залогодателем. Имам Зуфар утверждает, что ответственность за заложенную вещь простирается до стоимости ее, ввиду чего, если такая вещь, стоившая в момент передачи залогопринимателю 1500 дарагимов, погибнет, а долг равняется 1000 дарагимов, то залогодатель вправе требовать от залогопринимателя разницу, то есть 500 дарагимов. По этому предмету он приводит двоякого рода доказательства. Во-первых, изречение Али: «Залогодатель и залогоприниматель должны взаимно возвращать друг другу излишек, будет ли он на стороне залогодателя или залогопринимателя». Во-вторых, так как излишек стоимости вещи над долгом (равно как и часть стоимости вещи, равная долгу) одинаково дан в залог, то излишек является таким же предметом ответственности, как и часть, равная сумме долга. Посему, когда долг уничтожен, излишек стоимости вещи подлежит возврату. Мнение наших ученых по этому предмету принято Омаром Фарухом и Абдулла Ибн Массаудом. Кроме того, они доказывают, что так как залог был взят исключительно в обеспечение платежа, то он составляет предмет ответственности только в той его части, из которой долг мог бы подлежать удовлетворению; излишек же был отдан в залог только по необходимости (так как невозможно было отдать в залог лишь то, что составляло точную сумму долга), и посему он не подлежит возврату. Что касается изречения Али (приводимого имамом Зуфаром), то оно означает, что стороны должны взаимно возвращать излишек в случае продажи (то есть если залогодатель продаст залог), а не в случае гибели, ибо в другом месте он объявил, что излишек составляет поклажу в руках залогопринимателя.

Залогоприниматель может требовать платежа долга и подвергнуть залогодателя заключению в случае уклонения от платежа. Получатель залога вправе требовать свой долг и даже подвергнуть залогодателя заключению в случае отказа уплатить таковой, потому что претензия продолжает существовать и после получения залога, который считается не удовлетворением, а только обеспечением долга. Посему залогоприниматель не лишен права требовать платежа долга, и если уклонение должника от платежа будет доведено до сведения казиев, то он должен подвергнуть его заключению.

До платежа залогоприниматель должен представить заложенную вещь. Когда залогоприниматель требует уплаты долга, казий должен предписать ему представить сперва заложенную вещь. Так как он владеет ею ради получения платежа, то не вправе получить долг и в то же время удерживать залог, который служит ему обеспечением, ибо если бы заложенная вещь погибла в его руках, то произведен был бы двойной платеж, что недопустимо. После представления залогопринимателем вещи казий должен предписать залогодателю сперва уплатить долг для установления права залогопринимателя, так же, как установлено право залогодателя, для уравнивания обоих; подобно тому, как в случае сделки, когда продавец представит вещь, покупатель представляет цену ее.

Но если он требует платежа в отдаленном месте, то не обязан представлять заклада, если это сопряжено с расходами. Если залогоприниматель требует платежа не в том городе, где был заключен договор залога, и заложенная вещь такого рода, что не требует расходов по перевозке, то применяются те же правила, как и в других случаях. Так как место передачи такого рода залога совершенно безразлично, то наши ученые не установили относительно его особых правил или условий. Если, напротив, заложенная вещь такого рода, что требует расходов по перевозке, то залогоприниматель не обязан представить ее, ибо иначе он был бы поставлен в необходимость перевозить ее с места на место. Он обязан предоставить заклад залогодателю и позволить ему взять его обратно; но он не обязан перемещать вещь с одного места на другое, так как это наносило бы ему ущерб, который он не принял на себя по договору.

Заложенная вещь может быть продана по желанию залогодателя; и затем нельзя требовать от залогопринимателя представления ее. Если залогодатель уполномочивает доверенное лицо продать заложенную вещь и он исполнит это, продав вещь за наличные деньги или в кредит, то это законно, ибо власть залогодателя продать вещь неоспорима. Посему, если залогоприниматель впоследствии потребует уплаты долга, то он не обязан доставить заложенную вещь, так как это уже не в его власти. То же правило применяется, когда залогоприниматель в момент продажи залогодателем вещи не овладевает ценою ее, ибо тогда казий может принудить залогодателя погасить свой долг, не требуя представления залогопринимателем заложенной вещи, которая, будучи продана по желанию залогодателя, была превращена в долг, ввиду чего залогодатель как бы заложил покупную цену (то есть долг). Если, напротив, залогоприниматель овладеет покупной ценой, то он, требуя уплаты долга, должен представить ее, ибо заложенная вещь превратилась в деньги, которые служат заменой этой вещи. Следует, однако, заметить, что залогоприниматель имеет право на владение покупной ценой, ибо он сам совершил продажу и, следовательно, права из этого договора принадлежат ему.

Он должен представить вещь при получении частной уплаты, как и в случае полного платежа. Как при получении полного платежа залогоприниматель обязан представить заложенную вещь, так он должен представить ее при получении частичной уплаты, если только выговоренный срок истек, потому что такое представление не может причинить ему вред и в то же время устраняет могущее возникнуть в залогодателе сомнение в целостности вещи. Однако вещь возвращается не ранее полного платежа. Равным образом, если заложенная вещь будет продана залогопринимателем и он удержит полученную за нее цену, то, требуя платежа долга или части его, он должен представить эти деньги, как если бы налицо была самая вещь, так как цена ее служит ей заменой.

Если кто-либо по несчастной случайности убьет полученного в заклад раба и судья постановит, чтобы акилы убившего лица вознаградили за стоимость раба в течение трех лет, то залогодатель не обязан погасить долг свой залогопринимателю, пока последний не внесет полной стоимости раба, ибо в этом случае стоимость составляет замену заложенного раба, следовательно, залогоприниматель обязан пред-

ставить всю стоимость его так же, как он обязан представить всю заложенную вещь. Сверх того, здесь вещь эта заменена стоимостью своею не вследствие какого-либо акта со стороны залогодателя, между тем как в предшествующем случае (именно — когда залогоприниматель продал заложенную вещь по желанию залогодателя, не удержав цены ее) вещь эта была превращена в долг актом залогодателя, так как он уполномочил залогопринимателя распорядиться вещью. Следовательно, между обоими случаями существенная разница, ввиду чего в данном случае залогоприниматель обязан представить стоимость раба, между тем как в предыдущем случае нельзя требовать, чтобы он представил заложенную вещь.

Случай, в которых не требуется представления заложенной вещи. Если залогодатель передает закладываемую вещь не залогопринимателю, а кому-либо другому для хранения, то залогоприниматель не обязан представить вещь при требовании платежа своего долга, ибо это невозможно, так как вещь была доверена не ему, а другому лицу. Равным образом, если доверенное лицо, передав заложенную вещь одному из своих родственников, скроется, а лицо, которому вещь передана, признает, «что оно действительно получило вещь на хранение, но не знало, кто истинный хозяин ее», то залогодатель может быть принужден к платежу долга без представления залогопринимателем вещи, так как он никогда не получал ее (и то же правило применяется, когда доверенное лицо скроется, захватив с собою вещь, неизвестно куда). Если, напротив, доверенное лицо отрицает, что вверенное ему имущество составляет заклад, утверждая, что «оно принадлежит ему», то залогоприниматель не может получить что-либо от залогодателя, пока противное не будет доказано, ибо отрицание доверенного лица равносильно разрушению заложенной вещи; а когда заложенная вещь разрушена, то залогоприниматель считается получившим платеж долга, после чего он уже не вправе требовать ее.

Залогодатель не может требовать возврата ему заложенной вещи для продажи ее и уплаты долга. Если залогодатель требует возврата заложенной вещи для продажи ее и уплаты долга вырученными деньгами, залогоприниматель все-таки не обязан вернуть заклад, так как договор залога требует, чтобы вещь постоянно находилась в руках залогопринимателя до уплаты долга. Равным образом, если залогодатель уплатит долг в части, то залогоприниматель все-таки может удержать вещь до полного платежа; но по учинении полного платежа залогоприниматель обязан вернуть вещь залогодателю, так как препятствие к тому устраняется по получении кредитором удовлетворения.

Залогоприниматель должен вернуть полученное им в уплату долга, если заложенная вещь погибнет в его руках. Если по удовлетворении долга заложенная вещь погибнет в руках залогопринимателя, то он должен вернуть полученные в уплату деньги. Так как после гибели вещи залогоприниматель считается получившим удовлетворение ввиду предшествовавшего владения его вещью, то, очевидно, он получил двойной платеж и, следовательно, должен вернуть то, что получил. Равным образом, если стороны по взаимному согласию прекратят договор залога, залогоприниматель, тем не менее, может удержать заложенную вещь до получения платежа долга или до освобождения залогодателя от такового.

Договор не считается прекращенным, пока заложенная вещь не будет возвращена. Договор залога не теряет силы, пока залогоприниматель не возвратит залогодателю заложенной вещи по установленному способу прекращения.

Долг погашается с утратою заложенной вещи. Если заложенная вещь погибнет в руках залогопринимателя после соглашения между сторонами о расторжении договора, то долг считается погашенным, если только стоимость вещи равна ему, причем соглашение все-таки остается в силе.

Залогоприниматель не вправе пользоваться заложенную вещью. Залогоприниматель не вправе каким бы то ни было образом пользоваться заложенную вещью. Посему, если заложен раб, залогоприниматель не должен пользоваться его услугами; если заложен дом, он не должен жить в нем; если заложено платье, не должен одевать его, ибо залогопринимателю принадлежит право владения, а не право пользования. Равно залогоприниматель не вправе продать вещь без согласия залогодателя.

Или отдать ее в ссуду или внаймы. Залогопринимателю не дозволяется отдать вещь внаймы или в ссуду. Так как ему самому запрещается пользоваться ею, то он, следовательно, не вправе передать право пользования другому. Посему, если он поступит таким образом, это будет правонарушением; но правонарушение не ведет к прекращению договора.

Он может поручить надзор за нею кому-либо из своей семьи. Залогоприниматель может или сам охранять заложенную вещь, или предоставить заботу о ней своей жене, детям или слуге, если только они принадлежат к его семье. Если, напротив, он поручит заботу о вещи или отдаст ее на хранение лицу, не принадлежащему к его семье, то становится поручителем, а лицо, которому он поручил вещь, — вторым поручителем. Впрочем, в этом отношении существует разногласие между Абу Ханифой и обоими учениками: первый не считает это лицо вторым поручителем; последние полагают, что залогодатель может считать того или другого вторым поручителем.

Если он совершит относительно заложенной вещи правонарушение, то ответствен за всю стоимость ее. Если залогоприниматель совершит какое-либо правонарушение¹ относительно заложенной вещи, то должен вознаградить за нее стоимость ее так же, как в случае незаконного владения, ибо сумма, на которую стоимость вещи превышает долговую сумму, составляет поклажу; а правонарушение относительно поклажи делает лицо, совершившее таковое, ответственным в полной мере.

Пользование вещью определяется способом употребления или ношения ее залогодателем. Если кто-либо закладывает кольцо и залогоприниматель наденет его на малый палец, затем кольцо это затеряется или будет сломано, то он ответствен, так как пользовался кольцом вместо того, чтобы хранить его. В этом случае безразлично, надето ли оно было на правую или левую руку, ибо нет обычая носить кольца только на одной из этих рук. Если залогоприниматель носит кольцо не на малом пальце, а на другом, то это не считается пользованием, а способом сохранения, так как это

¹ Например, станет пользоваться ею (что запрещено) и т.п.

не согласуется с обыкновенным способом ношения кольца. Равным образом, если закладоприематель пользуется простынею (которую он получил в заклад) согласно назначению ее, то ответствен за нее; между тем, если оденет ее на плечи, то не ответствен.

Если кто-либо даст в заклад два или три меча и закладоприематель вскинет их на плечи, то он ответствен, если только мечей будет два, за стоимость их в случае утраты, но он не ответствен, если их было три. Причина различия та, что между воинами в обычае вскидывать на плечи два меча, идя в сражение, но никогда — три.

Если кто-либо даст в заклад два кольца и закладоприематель оденет оба на свой малый палец, затем окажется, что он обыкновенно украшал себя таким образом, то он обязан вознаградить за них в случае утраты; в противном же случае он свободен от всякой ответственности.

Расходы по хранению вещи, данной в заклад, лежат на закладоприемателе, а расходы по содержанию — на закладодателе. Расходы по найму помещения для хранения заклада лежат на закладоприемателе; но если в заклад дано животное, требующее надзора и содержания, то расходы по этому лежат на закладодателе. Следует заметить, что заботы о заложенной вещи бывают двоякого рода: 1) по поддержанию ее и продолжению ее существования и 2) по сохранению ее в целом или в части. Но так как полная собственность над заложенной вещью принадлежит закладодателю, то расходы первого рода лежат на его обязанности; ему же принадлежит право собственности на узурфрукт заложенной вещи и, следовательно, поддержание ее и продолжение ее существования лежит на его обязанности, составляя расход, связанный с его правом собственности. Сюда принадлежат: снабжение заложенной вещи пищею и питьем, включая сюда жалованье пастухам, снабжение раба одеждою, жалованье кормилицы для ребенка заложенной рабы, орошение сада, прививка фиговых деревьев, сбор плодов и т.п. Издержки второго разряда относятся к обязанности закладоприемателя, потому что он удерживает заложенную вещь; и так как сохранение этой вещи составляет его обязанность, то он обязан нести и расходы по сохранению. Ко второму разряду принадлежат: наем хранителя вещи, наемная плата за дом, в котором хранится эта вещь, независимо от того, превышает ли долг по хранению стоимость заклада или нет. Все изложенное здесь основано на «Захири-Риваяте». Передают мнение Абу Юсуфа, что платеж за наем дома лежит на обязанности закладодателя так же, как и расход по содержанию вещи, ибо на его обязанности лежит принимать все возможные меры к обеспечению существования заложенной вещи; но что вознаграждение за поимку беглого раба принадлежит ко второму разряду, потому что закладоприематель обязан употребить все возможные способы к восстановлению владения рабом и, следовательно, вознаграждение за поимку его, имеющее связь с сохранением заклада. Это, однако, имеет место относительно такого заклада, стоимость которого не превышает долговой суммы. Если стоимость заложенной вещи превышает сумму долга, то закладоприематель несет не все расходы по хранению вещи, а лишь часть их, пропорциональную стоимости заклада; остальная же часть, пропорциональная излишку, падает на закладодателя, ибо излишек находится у закладоприемателя не в закладе, а в качестве поклажи, следовательно, возвращение

раба в отношении этого излишка сделано как бы самому собственнику, на которого, посему, и падает излишек.

Но расходы, вызванные болезнью или правонарушениями, ложатся на обоих. Расходы по лечению ран или болезни и по вознаграждению за преступления, учиненные находящимися в закладе лицами, ложатся на залогопринимателя и на залогодателя пропорционально сумме долга и излишку стоимости залога над долгом.

Налоги уплачиваются залогодателем. Налоги на заложенную вещь уплачиваются залогодателем, так как они необходимы для поддержания его собственности.

Десятина с заложенной земли удовлетворяется преимущественно перед претензией залогопринимателя. Десятина с доходов заложенной земли имеет преимущество перед правом залогопринимателя, ибо она связана как с существом, так и с правом собственности на землю, между тем как право залогопринимателя связано только с собственностью, а не с существом земли. Однако договор залога не теряет силы в отношении суммы, остающейся за уплатою десятины, так как право десятины никоим образом не нарушает права собственности залогодателя на землю. Другое дело, когда известная часть залога окажется собственностью другого: в этом случае договор уничтожается относительно остальной части, так как этим доказывается, что залог не вполне принадлежал залогодателю.

Если одна из сторон добровольно уплатит то, что лежало на обязанности другой стороны, то она не получает на этом основании права иска к другой стороне. Если одна из сторон уплатит расходы, лежащие на обязанности другой стороны, то это считается добровольным безвозмездным актом. Если, напротив, одна из них по приказанию казны исполнит обязанность другой стороны, то она имеет право требования к этой стороне так же, как если бы действовала по побуждению последней, ибо приказ казны обязателен для всех. Передают мнение Абу Ханифы, что к другой стороне не может быть предъявлено требование, несмотря на то, что издержки покрыты по приказанию казны, если только она в то время не отсутствовала. Абу Юсуф, напротив, говорит, что требование действительно в обоих случаях, то есть будет ли другая сторона в отсутствии или нет.

Глава II

О ВЕЩАХ, СПОСОБНЫХ БЫТЬ ПРЕДМЕТОМ ЗАКЛАДА, И О ВЕЩАХ, ЗА КОТОРЫЕ МОЖНО ДАВАТЬ ЗАКЛАД

Неопределенная часть вещи не может быть предметом залога. Незаконно закладывать неопределенную часть чего-либо. Имам Шафии утверждает, что это законно. Наши ученые приводят два довода. Во-первых, это разногласие происходит от различия взглядов на предмет залога. По нашему мнению, залог берется для удержания с целью получить платеж долга, что не может быть осуществлено, когда в залог предоставляется неопределенная часть имущества, ибо такого рода вещь не может быть предметом владения, так как действительное овладение возможно лишь отно-

сительно отдельных и определенных вещей; между тем как, по имаму Шафии, цель заклада та, чтобы залогоприниматель мог продать вещь для удовлетворения своей претензии; а эта цель может быть достигнута и относительно упомянутого рода предметов. Во-вторых, существенное условие договора заклада заключается в том, чтобы заложенная вещь постоянно находилась в руках залогопринимателя до выкупа ее залогодателем, каковое условие не может быть осуществлено относительно вышеупомянутого рода закладов; в этом случае требовалось бы, чтобы залогоприниматель и залогодатель владели вещью поочередно, как если бы залогодатель сказал залогопринимателю: «Я закладываю ее тебе через день». И так как постоянное удержание в этом случае невозможно, то отсюда следует, что заклад неопределенной части вещи, делимой или неделимой, незаконен.

Даже если залогопринимателем является совладелец вещи. Незаконно давать в заклад неопределенную часть общего имущества даже совладельцу в нем. Независимо от того, что удержание такого заклада невозможно, получатель владел бы вещью один день в силу права собственности, а другой день — на основании договора заклада; и, таким образом, один день она находилась бы у него в закладе, а другой день — нет.

Если заклад станет неопределенным вследствие какого-либо привходящего действия или обстоятельства, то договор заклада прекращается. Привходящая неопределенность делает продолжение договора заклада невозможным, по «Мабсуту». Другими словами, если кто-либо заложит участок земли, а затем поручит доверенному лицу продать половину его и лицо это исполнит поручение, то договор залога перестает существовать. Напротив, передают мнение Абу Юсуфа, что привходящая неопределенность не разрушает договора заклада так же, как не имеет значения в случаях дарения; то есть если кто-либо учинит дар и впоследствии возьмет обратно половину его, то дар все-таки действителен в остальной половине. Основание вышеприведенного положения «Мабсута» заключается в том, что предмет договора не существует в прежнем виде; и последующее обстоятельство, поскольку оно клонится к уничтожению предмета договора, действует так же, как если бы оно существовало с самого начала, подобно тому, как если бы кто-либо (заведомо или нет) вступил в брак с лицом в запрещенной степени родства. Другое дело — при дарении: действие дарения заключается в предоставлении права собственности, а неопределенная часть вещи может составлять предмет этого права. Сверх того, причина, по которой при дарении требуется овладение до приобретения права собственности, заключается в желании предупредить возможность принуждения, ибо если бы одаренный становился собственником вещи непосредственно по предложении ее и не вступая во владение, то даритель (который должен действовать по собственному побуждению) был бы принужден к тому, на что он еще не согласился, именно — к передаче дара.

Предмет, естественным образом соединенный с другим, не может быть дан в заклад отдельно. Незаконно давать в заклад плоды без дерева, на котором они растут, посев — без земли, которая его произвела, или деревья — без почвы, на которой они стоят. Так как закладываемая вещь во всех этих случаях имеет природную связь с предметом, не отдаваемым в заклад, то вещь эта фактически неопределенна до отде-

ления от предмета, с которым связана. Незаконно закладывать землю без растущих на ней деревьев, поле — без его произведений, дерево — без его плодов. В этих случаях закладывается предмет, естественным образом связанный с другим предметом, не отдаваемым в заклад. Словом, когда закладываемая вещь связана с вещью незакладываемою, договор недействителен, ибо заклад не может быть принят во владение. Абу Ханифа считает законным залог земли без растущих на ней деревьев: так как деревья связаны с землею только в том месте, из которого они произрастают, то они могут быть изъяты вместе с тем куском земли, на котором стоят. Другое дело, когда кто-либо закладывает двор дома без строения: тогда часть земли, на которой стоит строение, остается незаложенною, в то время как требуется, чтобы вся земля была заложена.

Деревья, однако, могут быть заложены вместе с отдельными кусками земли, на которых они стоят, независимо от остальной земли. Дозволено закладывать деревья вместе с отдельными кусками земли, на которых они стоят, ибо здесь возникает соседство лишь с имуществом залогодателя, что не противно договору залога. Если на деревьях находятся плоды, то они включаются в договор: так как плоды составляют принадлежность дерева ввиду связи между ними, то они должны быть включены в договор для действительности его. Другое дело — в случае продажи: деревья могут быть проданы без плодов, и последние не считаются включенными в договор, если это положительно не постановлено. Другое также дело — ценности, хранящиеся в доме: так как они не составляют принадлежности дома, то не включаются в договор залога, если это положительно не выражено. Однако зерновые растения и травы считаются включенными в случае залога земли, на которой они растут, но не в случае продажи ее. Равным образом строения и деревья включаются в договор, если закладывается земля, к которой они принадлежат. Равно можно заложить дом вместе со всем содержимым.

Заявление права на отдельную часть заложенной вещи не уничтожает договора в отношении остальной части. Если третье лицо докажет свое право на часть заложенной вещи, а остальная часть может сама по себе составлять предмет залога (например, когда кто-либо докажет свое право лишь на двор заложенного дома без строений), то договор продолжает существовать в отношении остальной части; другими словами, если эта остальная часть будет уничтожена в руках залогопринимателя, то долг его делится между этим остатком и стоимостью той части, которая оказалась собственностью третьего лица; и часть долга, пропорциональная остатку, считается погашенной, а часть, пропорциональная доле третьего лица, остается в долгу за залогодателем. Если, напротив, остающаяся часть по природе своей не может составлять предмета самостоятельного залога (например, когда третье лицо докажет свое право на заложенный дом без двора), то договор залога теряет силу в полном объеме, ибо сила его может простираться только на то, что остается за вычетом части, оказавшейся чужою, а этот остаток не способен быть предметом залога.

Оставление заложенной вещи во владении залогодателя снимает с залогопринимателя ответственность за нее. Следует заметить, что проживание залогодателя в заложенном доме или оставление в нем его вещей препятствуют правильной переда-

че дома. Другими словами, если кто-либо заложит свой дом и останется в нем сам или оставит в нем свои вещи, то передача залогопринимателю не считается установленною до выезда залогодателя или до вывоза его вещей, ввиду чего, если дом тем временем погибнет, залогоприниматель не ответствен. Оставление чего-либо в заложенной посуде противоречит передаче ее; равно оставление ноши на заложенном животном, ввиду чего договор не считается совершенным до удаления ноши, так как иначе животное остается во владении залогодателя. Когда отдана в заклад ноша, а не животное, договор действителен, и ноша считается заложенною непосредственно по передаче животного, ибо животное это занято ношею, а не наоборот; так же, как если вещи, находящиеся в доме или в посуде, заложены без дома или посуды. Другое, однако, дело, когда кто-либо заложит седло или уздечку на верблюде и передаст верблюда залогопринимателю: в этом случае договор недействителен, пока седло или уздечка не будут сняты с верблюда и переданы залогопринимателю отдельно, так как эти предметы составляют принадлежность верблюда, как плоды составляют принадлежность дерева, ввиду чего (как говорят законоведы), когда верблюд отдается в заклад с находящимся на нем седлом или уздечкою, то таковые считаются включенными в договор хотя бы о них не было упомянуто в отдельности.

Нельзя обеспечивать вверенные вещи залогом. Незаконно брать заклад за вверенные вещи, каковы поклада, ссуда, музарабат, или товарищеский капитал. Другими словами, если кто-либо доверит свое имущество другому, обеспечив его залогом, то это недействительно, так как получение заклада делает получателя ответственным, ибо если бы заклад погиб в его руках, то претензия его была бы погашена пропорционально стоимости заклада. Словом, необходимо, чтобы залогодатель находился в ответственном положении, чтобы в случае гибели заклада требование залогопринимателя погашалось и залогодатель освобождался от его претензии; но в отношении вверенных вещей нет ответственности.

Ни за вещи, не составляющие предмета ответственности для держателя их. Незаконно получать заклад за вещи, не составляющие предмета ответственности в руках держателя, например, за проданную вещь, остающуюся в руках продавца, ибо если покупатель пожелает взять заклад от продавца для обеспечения передачи купленной вещи, то это незаконно, так как продавец не ответствен за такой предмет. (Однако если проданная вещь погибнет в руках продавца, то претензия его к покупщику на уплату покупной цены прекращается; или, если он уже получил от покупщика цену вещи, должен возвратить ее). Напротив, что касается предметов, подвергающих держателя ответственности (то есть таких, за которые в случае гибели их держатель ответствен подобным же предметом, если погибший принадлежит к роду заменимых вещей; или стоимостью его, если он принадлежит к роду незаменимых, каковы имущество, захваченное в незаконное владение, эквивалент за хуля, приданое женщины и вира за намеренное убийство), то за них можно брать заклад, так как со всеми этими предметами связывается ответственность. Если предмет этот существует, то обязательна передача его; если он погиб, то должна быть уплачена стоимость его. Посему брать заклад за такие предметы, значит обеспечивать то, что само составляет предмет ответственности, следовательно, такое обеспечение действительно.

Ни в качестве обеспечения от случайностей. Незаконно обеспечивать себя залогом от случайностей. Другими словами, если кто-либо продаст вещь и получит цену ее, а покупатель, опасаясь, чтобы вещь эта не оказалась чужою собственностью и чтобы он оттого не потерпел убытка, потребует от продавца залога, обеспечивающего его от такой случайности, то это недействительно. По установившемуся правилу, залог можно брать лишь в обеспечение существующей претензии; а в данном случае претензии не существует, и она может лишь возникнуть. Посему, если в таком случае залог будет взят, то он считается поклажей, а не залогом, и не обсуждается по правилам о залоге. Равным образом, если кто-либо даст другому залог в обеспечение могущего возникнуть долга, то это недействительно. Однако иное следует сказать относительно случая обещанного долга. Когда кто-либо дает другому залог в подкрепление своего обещания ссудить ему тысячу динаров, а другой берет залог и обещает получить деньги в ссуду и залог погибнет в его руках, тогда он ответствен пропорционально обещанной сумме так же, как если бы таковая была действительно дана, ибо обещание дать рассматривается как действительное существование долга по той причине, что оно было сделано на основании серьезного желания заемщика.

Случай залога при сделке саям или сарф. Если кто-либо, заказав у купца товар, даст ему что-либо в обеспечение уплаты цены, или, продав меняле серебро, получит от него залог в обеспечение платежа, или если купец даст залог лицу, заказавшему у него товар, в обеспечение передачи его, то такие договоры действительны. Имам Зуфар говорит, что договор недействителен, ибо здесь залог должен служить обеспечением удовлетворения различных претензий, а именно: цены заказанного товара, стоимости проданного меняле серебра или заказанного товара, что недопустимо, ибо здесь устанавливается обмен переданного имущества на имущество другого рода; а обмен таких вещей до овладения ими незаконен. Наши ученые доказывают, что так как тождество существует между вещами, подлежащими передаче, и залогом при сравнении ценности их, то путем такого сравнения может быть достигнуто исполнение обязательства; а владение залогом ведет к ответственности относительно ценности его, хотя относительно существа вещь эта считается лишь поклажей. Равно, если залог, данный в обеспечение цены заказанного товара или стоимости проданного серебра, погибнет во время заключения договора (то есть прежде чем разойдется общество, в присутствии которого он был заключен), то сделка окончена и залогоприниматель или продавец считается получившим удовлетворение, ибо ввиду гибели залога признается, что он как бы получил цену своего серебра или сумму, подлежащую выдаче. Если, напротив, покупатель и продавец расстанутся до гибели залога, то сделка становится недействительною, ибо получение цены серебра или передача денег за имущество в момент заключения сделки (что составляет необходимое условие) здесь не установлены ни в действительности, ни по закону. Сверх того, если залог, полученный в обеспечение передачи заказанного товара, погибнет, сделка окончена и залогоприниматель (давший вперед деньги) считается получившим заказанный товар.

При расторжении договора саям залог остается в качестве обеспечения данных вперед денег. Если стороны расторгли договор саям в случае, когда был дан залог

в обеспечение передачи вещей, то заклад этот остается как обеспечение возврата данных вперед денег, так как они тогда заменяют вещи; подобно тому, как при незаконном овладении, если казий предпишет возвратить вещи и в обеспечение возврата их дан будет заклад, а затем они погибнут, то заклад остается в обеспечение стоимости вещей.

И если он погибнет в руках залогопринимателя, то претензия его на возврат денег погашается. Если в приведенном случае заклад погибнет после соглашения сторон о расторжении договора саям, то заложенная вещь считается переданною и покупатель (давший деньги вперед) не имеет дальнейшей претензии. Он, однако, обязан дать продавцу столько зерна, сколько получил от него для получения обратно данных вперед денег; так же, как если кто-либо, продав раба и передав его покупщику, берет заклад в обеспечение цены и стороны затем согласятся уничтожить сделку, в каковом случае продавец вправе сохранить владение закладом в обеспечение возврата раба; и если заклад в его руках погибнет, то он считается получившим покупную цену и обязан уплатить сумму, равную этой цене, покупщику, после чего может взять обратно своего раба.

Вольноотпущенный, мудаббар, мукатаб или умми-валяд не могут быть заложены. Незаконно закладывать вольноотпущенного, мудаббара, мукатаба или умми-валяд, потому что цель договора заклада состоит в предоставлении залогопринимателю владения закладом для получения удовлетворения по его претензии, каковая цель не может быть осуществлена в приведенных случаях, так как вольноотпущенный не составляет предмета собственности, а продажа остальных противозаконна.

Заклад не может быть взят в обеспечение явки от поручителя или от преступника, подлежащего возмездию. Если кто-либо согласится поручиться в явке другого, то от него нельзя требовать заклада на этом основании. Равным образом незаконно получать заклад в обеспечение явки преступника, приговоренного к возмездию, касающемуся жизни или членов преступника, ибо приговор не может быть осуществлен с помощью заклада. Другое дело — относительно правонарушений по несчастному случаю: здесь пеня может быть уплачена из заклада.

Или в обеспечение права шифат. Незаконно получать заклад в обеспечение права шифат. Другими словами, если кто-либо обратится к казию с требованием осуществления своего права шифат и казий постановит соответственное решение, а шафи потребует от покупщика заклада в обеспечение дома, на который простирается право шифат, то заклад незаконен, ибо здесь вещь не составляет предмета ответственности для покупщика (то есть если дом потерпит вред, находясь во владении покупщика, то последний не отвечает за это); а заклад может быть взят лишь там, где на стороне залогодателя существует ответственность.

Или за преступного раба, или за долги раба. Не дозволяется брать заклад за раба, виновного в преступлении, или за долг раба. Ни в одном из этих случаев хозяин не ответствен, так как в случае смерти раба он не обязан платить его долги.

Или в обеспечение жалованья публичного певца или плакальщика. Незаконно давать заклад в обеспечение жалованья плакальщика¹ или певца. Посему, если дан будет заклад, который впоследствии погибнет в руках закладоприемателя, то последний не ответствен за таковой, так как он был дан в обеспечение того, что не составляет предмета ответственности.

Мусульманин не может давать или принимать вино в заклад; но если он получит его в заклад от зиммий и оно будет утрачено, то он ответствен. Незаконно для мусульманина давать или принимать вино в заклад от мусульманина или зиммий. Тем не менее, если зиммий — закладодатель, а мусульманин — закладоприематель и вино будет утрачено или испорчено, то мусульманин ответствен за него, как если бы он незаконно овладел им. Если бы мусульманин был закладодателем, а зиммий — закладоприемателем и вино утратилось бы в руках последнего, то он не был бы обязан вознаградить мусульманина, как не обязано к вознаграждению лицо, захватившее вино у мусульманина. Другое дело, когда закладодатель и закладоприематель зиммий: для них вино составляет предмет собственности. Напротив, падаль и для них не составляет предмета собственности, как для мусульман, и посему заклад падали недействителен между ними, как и между нами.

Закладоприематель ответствен за заложенную вещь, хотя бы оказалось, что долг, в обеспечение которого заклад дан, не существует. Если кто-либо купит уксус, раба или зарезанную козу и, дав что-либо в заклад в обеспечение цены, впоследствии обнаружит, что уксус — вино, раб — вольноотпущенник, а коза — падаль², то продавец все-таки ответствен за заклад в случае утраты или порчи его, ибо он был дан в обеспечение долга по всем признакам существовавшего. То же правило применяется, когда кто-либо, убив (предполагаемого) раба и дав заклад в обеспечение уплаты его стоимости, впоследствии откроет, что убитый был свободный человек. Равным образом, когда стороны в процессе вступают в мировое соглашение за часть исковых требований и ответчик представит заклад в обеспечение уплаты, а затем стороны согласятся, что ответчик ничего не был должен, то закладоприематель ответствен за заложенную вещь.

Отец или опекун могут заложить раба несовершеннолетнего опекаемого в обеспечение своего долга. Отец может заложить в обеспечение своего долга раба своего несовершеннолетнего сына, ибо отец вправе отдать имущество своих несовершеннолетних детей на хранение; но отдача в заклад гораздо выгоднее для собственника, чем отдача на хранение, ибо, если утратится заклад, то держатель ответствен за таковой; между тем как хранитель не ответствен за отданную на хранение вещь, находящуюся в его руках. То же право принадлежит и опекуну, ибо право это соединено с выгодой для опекаемого. Абу Юсуф и имам Зуфар утверждают, что право это не принадлежит

¹ Лицо, нанимаемое для плача при печальных церемониях. Между мусульманами в обычае нанимать таких лиц, хотя это и запрещено законом, ввиду чего лица эти не могут требовать вознаграждения по суду.

² Как околелшая естественной смертью. Термин «падаль» применяется к мясу всех животных, не зарезанных по предписанному способу.

ни отцу, ни опекуну (и это согласно с аналогией), ибо заклад в действительности является платежом; а так как отцу не принадлежит право платить свои долги имуществом своих детей, то отсюда следует, что он не имеет права и закладывать таковое. На это, однако, можно ответить, что есть значительная разница между закладом и платежом. Платеж долга имуществом детей есть разрушение этого имущества без всякого эквивалента, между тем как отдача в заклад равносильна поручению его временному хранителю без всякого ущерба для права собственника.

Но они ответственны в случае потери. Так как в этом случае договор залога действителен, то отсюда следует, что в случае утраты заложенной вещи в руках залогопринимателя он считается получившим платеж долга, а отец или опекун ответственны перед малолетним, потому что погасили свой долг его имуществом.

Они могут также уполномочить залогопринимателя продать раба. Отец или опекун могут предписать залогопринимателю продать заклад, потому что тот и другой имеют право продажи имущества опекаемого. Ученые говорят, что это основано на законе, ибо когда отец или опекун дают имущество опекаемого своим кредиторам в уплату своего долга, это законно; и так как этим способом совершилась замена долга ценою отданного имущества, то отец или опекун, по мнению имамов Абу Ханифы и Мухаммада, становятся ответственными перед опекаемым за стоимость имущества. Напротив, по Абу Юсуфу, замена не имеет места. То же разногласие существует относительно случая, когда представитель при продаже отчуждает имущество представляемого своему кредитору. Однако в этих случаях договор залога, по последствиям своим, подобен договору продажи, ибо цель обоих — погасить долг отца или опекуна имуществом несовершеннолетнего и стать ответственным за это имущество.

Отец может удержать имущество одного из своих несовершеннолетних детей в обеспечение долга этого несовершеннолетнего ему самому, или другому из его несовершеннолетних детей, или его рабу, производящему торговлю. Если отец закладывает имущество одного из своих несовершеннолетних детей себе самому за долг несовершеннолетнего, или одному из других несовершеннолетних своих детей, или своему рабу, занимающемуся торговлею и не задолженному, то это законно, ибо отец вследствие естественно предполагаемой за ним нежной привязанности к своему ребенку рассматривается как представитель обеих сторон, а его привязанность считается равносильною согласию обеих сторон; так же, как если отец продает имущество своего несовершеннолетнего ребенка самому себе.

Но опекун не имеет этого права. Незаконно для опекуна закладывать имущество, принадлежащее опекаемому, самому себе за долг опекаемого, или своему малолетнему ребенку, или своему рабу, производящему торговлю и не задолженному (он также не вправе закладывать свое имущество сироте, которому он должен). Так как опекун является лишь представителем, то он не может играть при договорах двойной роли. Опекун менее привязан, чем отец, и потому также не может являться в двойной роли при заключении договоров. Кроме того, опекун, закладывающий имущество своего опекаемого своему несовершеннолетнему ребенку или своему рабу, занимающемуся торговлею и свободному от долгов, в сущности закладывает таковое

самому себе. Другое дело, когда опекун закладывает имущество опекаемого своему взрослому сыну, отцу или задолженному рабу, ибо над ними он не имеет власти.

Однако и он может удержать имущество в закладе за доставленные им предметы необходимости. Если опекун купит съестные припасы или одежду для опекаемого и, поставив ему на счет цену их, возьмет в заклад часть его имущества в обеспечение долга, то это действительно. Так как ему дозволяется делать заем для нужд опекаемого и так как получение залога подобно удовлетворению претензии, то, следовательно, получение это законно. Кроме того, опекун вправе совершать сделки за счет опекаемого, и отсюда следует, что он вправе также давать и получать вещи в заклад, ибо это подобно получению денег и платежу их.

Сын не может получить обратно имущество, заложенное покойным отцом его, иначе как по выкупе этого имущества. Если отец заложит имущество своего малолетнего сына, то последний, достигнув совершеннолетия, не вправе расторгнуть договор залога и взять обратно заложенную вещь, пока не уплатит долга, ибо договор обязателен для него, так как действия отца от имени несовершеннолетних детей обязательны для последних по достижении ими совершеннолетия ввиду того, что отец заменяет своих несовершеннолетних детей.

Если он выкупит имущество при жизни отца, то имеет к нему право иска в размере уплаченного. Если отец заложит имущество своего сына в обеспечение своего долга и сын, уплатив долг, выкупит имущество, то он имеет иск к отцу в сумме долга, ибо для освобождения имущества из рук залогопринимателя сыну необходимо было уплатить долг, подобно тому, как в случае ссуды для залога. Другими словами, если кто-либо ссудит другому вещь для залога, то он вправе выкупить заложенную вещь, уплатив залогопринимателю долг ссудопринимателя, а затем предъявить к последнему иск в размере долговой суммы. Так и в рассматриваемом случае.

И отец ответствен в случае утраты заложенного. Если заклад будет утрачен или уничтожен до выкупа его сыном путем уплаты отцовского долга, сын вправе предъявить иск к отцу, так как он в сущности уплатил свой долг имуществом сына.

Отец вправе заложить имущество сына за общий их долг. Посему, если заклад погибнет, отец должен вознаградить сына уплатою суммы, равной его (отца) доле участия в долге, ибо он уплатил свою часть долга имуществом сына. То же правило применимо к деду или опекуну — при отсутствии отца.

Случай залога опекуном имущества опекаемого сироты, последующего взятия этого имущества в ссуду и утраты его. Если опекун купит съестные припасы для опекаемого в кредит и заложит вещь, принадлежащую сироте, в обеспечение долга и залогоприниматель вступит во владение этою вещью, а затем опекун возьмет ее в ссуду для пользования малолетнего и она погибнет в его (опекуна) руках, то она не остается включенной в договор залога и за нее никто не ответствен, ибо акт опекуна в этом случае тот же, что и акт самого опекаемого, когда он, достигнув совершеннолетия, возьмет вещь в ссуду для пользования ею. Долг сироты в этом случае остается в силе; и кредитор должен получить удовлетворение от опекуна, который, в свою очередь, удовлетворяется сиротою, ибо опекун, беря вещь в ссуду, не совершил правонарушения, так как она была взята для пользования опекаемого. Напротив, если

он взял вещь в ссуду для себя, то ответствен за нее перед опекаемым. Поступая таким образом, он совершает правонарушение, так как присваивает себе право, которое не принадлежит ему. Равным образом, если он незаконно овладеет заложенной вещью и станет пользоваться ею, то ответствен за стоимость ее, так как совершил правонарушение в отношении залогопринимателя, незаконно овладев вещью, и в отношении опекаемого, пользуясь ею для себя. Сверх того, он обязан уплатить долг залогопринимателя, если условленный срок истек. Посему, если стоимость залога равнялась сумме долга, он должен уплатить его сполна без права удовлетворения из имущества сироты, ибо то, что раньше составляло долг сироты — ему, становится долгом его — сироте; таким образом, происходит зачет. Если стоимость залога менее суммы долга, то он должен уплатить из своего имущества сумму, равную стоимости залога, а остальное — из имущества сироты, ибо он ответствен лишь в размере стоимости залога. Если стоимость залога превышает сумму долга, он должен уплатить залогопринимателю весь долг, а остальное принадлежит сироте. Если условленный срок платежа еще не истек, стоимость залога должна быть передана залогопринимателю, ибо опекун уничтожил одно из установленных прав залогопринимателя, и оно должно быть заменено стоимостью его. Следует, однако, заметить, что опекун в случае незаконного захвата вещи у залогопринимателя и обращения ее в пользование сироты ответствен (в случае гибели залога) только за нарушение права залогопринимателя, так как, обращая вещь к пользованию сироты, он не нарушает его права; равно и отнятие вещи у залогопринимателя не составляет правонарушения в отношении сироты, потому что опекун вправе получать вещи опекаемого, ввиду чего имам Мухаммад в «Зиадате» (в отделе о признаниях) говорит, что «если отец или опекун признают, что они незаконно овладели имуществом своего малолетнего опекаемого, то они не ответственны в случае утраты или гибели этого имущества, ибо это не есть незаконное овладение, так как они имеют неограниченную власть над имуществом своего опекаемого». В приведенном случае опекун ответствен перед залогопринимателем и при наступлении срока платежа он должен удовлетворить кредитора за счет сироты, ибо он ни в чем не нарушил прав последнего, а, напротив, предоставил вещь в его пользование. Если, однако, срок платежа еще не наступил, вещь, данная в вознаграждение, должна до того времени оставаться в виде залога в руках залогопринимателя; при наступлении же срока последний получает удовлетворение своего долга, а опекун удовлетворяет себя из имущества сироты.

Деньги и все взвешиваемые и измеряемые предметы могут быть отдаваемы в заклад. Правила, подлежащие соблюдению в этом случае. Законно закладывать драгоценности, динары и всякие предметы, измеряемые мерами веса и емкости. Так как долг может быть уплачен такими предметами, то они, следовательно, могут быть и закладываемы. Посему, если такой предмет заложен в обеспечение предмета такого же рода или вида и погибнет затем в руках залогопринимателя, то долг погашается пропорционально стоимости залога, будь то стоимость такового равна или меньше суммы долга. Если, напротив, стоимость залога превышает сумму долга, то весь долг считается погашенным, несмотря на то, что между долгом и залогом нет тождества качества, ибо, когда оба принадлежат к одному роду, качество не принимается в расчет.

Таково мнение Абу Ханифы. По его учению, залогоприниматель в приведенном случае должен получить уплату своего долга по весу, а не по стоимости. Оба ученика, напротив, полагают, что залогоприниматель при утрате залога становится ответственным за стоимость его имущества другого рода, стоимость которого он как бы имеет в залоге вместо первоначально заложенного предмета. Абу Ханифа доказывает, что всякое значение качества устраняется в случае лихвенного имущества¹, противопоставленного имуществу того же рода. Сверх того, уплата доброкачественным предметом за предмет низшего качества того же рода законна, например, когда должник по невниманию уплачивает долг в монетах низшего качества монетами доброкачественными.

Случай утраты заложенной серебряной посуды. Если серебряная посуда весом равная десяти дарагимам будет заложена за долг в десять дарагимов, а затем утрачена в руках залогопринимателя, то весь долг является погашенным. Автор «Хидой» замечает, что это мнение принято всеми нашими учеными, когда стоимость посуды равна или больше веса ее; но когда стоимость эта, будучи меньше веса, меньше самого долга, существует разногласие. По Абу Ханифе, весь долг является погашенным (ибо он полагает, что залогоприниматель получил платеж весом посуды); а оба ученика учат, что залогоприниматель остается ответственным за стоимость, которая как бы остается у него в залоге, так как претензия его продолжает существовать.

Или поломки ее. Если посуда будет не утрачена, а сломана, то в первом случае (то есть при равенстве веса и стоимости), по Абу Ханифе и Абу Юсуфу, залогодатель не может быть принужден к выкупу ее. Если бы он обязан был выкупить залог, уплатив большую часть своего долга и удержав незначительную часть в вознаграждение убытков от поломки, то оказалось бы, что он вознаградил себя особо за качество и на сем основании уплатил только часть своего долга, что незаконно; или если бы он выкупил залог, уплатив весь долг и получив, таким образом, сломанную посуду, то потерпел бы ущерб. Посему залогодатель (по мнению обоих старших) может или выкупить сломанную посуду, уплатив весь долг, или отказаться от нее и вступить с залогопринимателем в мировое соглашение, получив стоимость посуды теми же или иными предметами; и стоимость эта как бы остается в залоге, ввиду чего залогоприниматель становится собственником посуды, за которую он вознаградил залогодателя. Напротив, по мнению имама Мухаммада, залогодатель может или выкупить сломанную посуду, уплатив весь долг, или отдать ее залогодателю в погашение долга так же, как в случае потери залога. Таким образом, имам Мухаммад усматривает аналогию между поврежденным и утраченным залогом, потому что, если выкуп не может иметь места без вознаграждения, то это равносильно утрате залога; если залог действительно утрачен, то долг (по мнению всех наших ученых) погашается; так же и в настоящем случае, являющемся, по последствиям своим, случаем утраты. Абу Ханифа и Абу Юсуф говорят, что когда залог утрачен, залогоприниматель считается получившим платеж ценностью залога таким образом, что он становится

¹ Всякого рода зерно, а также серебро и золото, словом, всякого рода предмета, относительно которых возможна лихва.

непосредственно обязанным вознаградить за стоимость утраченного. Но когда долг погашается при наличии залога, хотя несколько поврежденного, то имеет место абсолютное присвоение, то есть залог должен быть удержан таким образом, чтобы существо его стало собственностью залогопринимателя. Однако это положение основано на недоразумении и отвергнуто законом, ввиду чего лучше произвести замену стоимости.

При продаже можно выговорить залог в обеспечение цены проданного предмета. Если кто-либо продаст раба с тем, чтобы покупатель дал в залог известную вещь, то это законно по благоприятному толкованию, между тем как по аналогии следовало бы признать это незаконным. Равным образом законно продавать раба под условием, чтобы покупатель представил в качестве поручителя третье лицо, присутствующее при заключении сделки и согласившееся быть поручителем. Возражение, основанное на аналогии, заключается в том, что соглашение сторон заключает в себе двойной договор, то есть один договор, входящий в состав другого, что запрещено законом. Кроме того, оно содержит условие, не согласное с предметом договора и из которого проистекает выгода для продавца, которым является стороной в обоих договорах; а такое условие лишает договор продажи силы. Причина более благоприятного толкования заключается, однако, в том, что такое условие при соглашении нисколько не противоречит договору, так как поручительство и залог имеют целью обеспечить и усилить соглашение и строго согласуются с обязанностью уплаты цены. Посему, если предложенный поручитель присутствует при соглашении или закладываемая вещь определена, то условия поручительства или залога имеют силу, ибо, будучи согласны с договором, они законны.

Но соглашение действительно только если закладываемая вещь в точности указана. Если поручитель не присутствует или залог не определен, то соглашение недействительно. Намерения представить поручительство или залог, в этом случае, не существует, так как поручитель или залог неизвестны; и засим остается лишь пустое условие, а потому соглашение недействительно. Однако если предложенный поручитель явится до того времени, когда стороны разойдутся, и согласится быть поручителем, то соглашение становится действительным.

И покупателя нельзя принудить передать таковую. Если покупатель после соглашения о залоге откажется передать условленную вещь, казий не должен принуждать его к тому, так как только передача делает соглашение совершенным. Имам Зуфар говорит, что если условие о залоге включено в договор продажи, то исполнение этого условия безусловно необходимо, и что посему казий может предписать исполнение его. Так как условие было выговорено как один из пунктов договора продажи, то оно становится правом, вытекающим из этого договора, и обязательно, хотя само по себе не имеет силы так же, как поручение, включенное в договор залога, которое обязательно ввиду обязательности договора. Другими словами, если бы залогодатель выговорил, чтобы залогоприниматель принял на себя продажу заложенной вещи, то такое поручение на продажу обязательно, ввиду чего залогодатель впоследствии не может взять его обратно. На это следует заметить, что соглашение о залоге со стороны залогодателя добровольно; а к исполнению добровольной сдел-

ки нет принуждения. Продавец может по своему усмотрению или отказаться от соглашения о зкладе, или расторгнуть продажу; он серьезно требовал представления зклада и только при этом условии соглашался на продажу, следовательно, при несоблюдении этого условия он не обязан исполнить договор, если покупатель в это время не уплатит цены купленного или не представит взамен условленного зклада стоимость такового в дарагимам или динарах, в каковом случае продажа становится совершенною и обязательною, ибо в первом случае продавец достигает своей цели, а во втором — осуществляется условие, которым он довольствовался. Зклад стоимости равносителен зкладу самой вещи, потому что цель соглашения есть получение платежа, а таковой может быть произведен только из стоимости зложенной вещи.

Вещь, предложенная покупщиком как обеспечение цены товара, считается зкладом, хотя бы термин этот и не был упомянут им. Если кто-либо купит вещь за известную сумму и предложит продавцу взять его платье, пока он не уплатит покупной суммы, то платье считается зкладом, ибо покупатель, говоря, что продавец удержал платье до уплаты цены купленного, выразил намерение дать зклад, хотя он и не произнес этого термина; а во всяком договоре следует обращать внимание на намерение, а не на букву. Имам Зуфар утверждает, что в этом случае платье не отдано в зклад, с чем согласен и Абу Юсуф. Они говорят, что выражение, употребленное покупщиком, не только свидетельствует о намерении представить зклад, но может означать и поклажу, каковое значение, как более благоприятное, должно быть принято. Другое дело, когда кто-либо выражается так: «Возьми это платье в обеспечение своего долга (или имущества)»; вследствие упоминания об обеспечении становится ясным, что платье предоставлено в зклад. В ответ на это следует, однако, заметить, что в обоих случаях имелся в виду зклад платья, ибо хотя выражение: «Возьми это платье» может означать как зклад, так и поклажу, но когда говорящий добавляет: «Пока я не уплачу покупной цены», то нет уже сомнения, что он имеет в виду зклад, а не поклажу.

Раздел

Когда два (или более) предмета представлены в зклад по одному долгу, они не могут быть выкуплены каждый отдельно. Если кто-либо зложит двух рабов за долг в тысячу дарагимов, а затем уплатит часть долга пропорционально стоимости одного раба, он все-таки не может получить этого раба, пока не уплатит остального долга. (Под пропорциональною стоимостью раба следует понимать ту сумму, за которую каждый зложен, когда оба обеспечивают весь долг). Это основано на том, что так как зклад обеспечивает весь долг, то он обеспечивает каждую часть его, чтобы должник имел более сильное побуждение к платежу своего долга, как бывает при продаже: если покупатель, уплатив часть цены, пожелает получить пропорциональную часть купленного предмета, то это не разрешается, он должен уплатить всю цену, после чего может получить весь купленный предмет.

Хотя бы каждый предмет обеспечивал известную часть долга. То же правило применяется, по «Мабсуту», когда зкладодатель предварительно укажет стоимость отдельных частей зклада, например, когда он, зкладывая двух рабов за долг в тысячу дарагимов, объявит, что каждый раб стоит пятьсот дарагимов. Напротив, по «Зиа-

дату», залогодатель вправе получить обратно раба по уплате залогопринимателю раньше указанной цены этого раба. В «Мабсуте» доказывается, что в рассматриваемом случае только одно соглашение и что оно не делится вследствие отдельного указания стоимости, как и при продаже; другими словами, если кто-либо продаст двух рабов за тысячу дарагимов и определит цену каждого в пятьсот дарагимов, то все-таки тут нет двух отдельных сделок. Так и в рассматриваемом случае. В «Зиадате» говорится, что в приведенном случае два соглашения и что нет необходимости рассматривать их в качестве одного. Если считать тут два соглашения, то отсюда следует лишь то, что одно из них составляет условие другого, — вывод, который не лишает соглашения силы, а скорее само условие является недействительным (ввиду чего, когда залогоприниматель присоединится к соглашению относительно одного только раба, то это законно). Другое дело — в случае продажи: если бы было два договора продажи, то отсюда вытекало бы, что один из них является условием другого, — вывод, делающий недействительным договор продажи в полном объеме.

Предмет, заложенный двум лицам (в обеспечение общей претензии их), заложен каждому из них в целом объеме. Если кто-либо закладывает известный предмет двум лицам в обеспечение своего долга им, то предмет в целом объеме считается заложенным каждому из кредиторов, потому что по духу соглашения предмет считается единым и составляющим один заклад. Отсюда не следует, что заклад не определен ввиду отдельности прав, ибо каждый кредитор имеет право требования целого, так как предметом соглашения является удержание вещи в обеспечение долга; но обеспечение не может быть дробимо, посему заклад в полном объеме удерживается в обеспечение долга каждого. Другое дело, когда кто-либо предоставляет вещь в дар двум лицам: это, по Абу Ханифе, незаконно, так как цель дарения есть предоставление права собственности, а два лица по закону не могут иметь полную собственность над одной вещью, ибо здесь каждому приеивалась бы половина вещи, не определенная в точности, что при дарении недопустимо.

И если они согласятся владеть им по очереди, то каждый, в свою очередь, считается доверенным лицом другого. Если стороны согласятся на поочередное владение заложенной вещью, то каждый во время своего владения есть доверенное лицо другого; и если вещь погибнет — каждый ответствен соответственно своей доле, ибо каждый считается получившим удовлетворение своей претензии, так как удовлетворение делимо. Равным образом, если залогодатель уплатит долг одному из них, вещь в целом объеме остается в закладе у другого, так как она и раньше составляла заклад в руках каждого безраздельно. Аналогию представляет случай продажи вещей двум или более покупателям. Один из покупателей по уплате своей части цены не вправе взять у продавца свою долю купленного имущества; напротив, продавец может удержать все проданное до тех пор, пока не получит остальную часть цены от другого покупателя.

Если два лица по одному договору заложат кому-либо известную вещь в обеспечение их общего долга этому лицу, то это законно, а вещь, заложенная таким образом, считается обеспечением всего долга. Сверх того, залогоприниматель волен удержать заклад, пока не получит полного платежа, ибо оба должника заложил-

ли вещь сообща и залогоприниматель считается получившим полное и неделимое владение ею.

Если два лица, каждое отдельно, ищут вещь от третьего лица, заявляя, что таковая заложена им, и оба представят доказательства, то иск обоих ничтожен. Если два лица представят иск о рабе, находящемся во владении третьего, и каждый из истцов станет утверждать, что «владелец раньше заложил раба ему, а затем взял его в ссуду или незаконно овладел им», и каждый представит доказательства в подтверждение своего заявления, то иск и доказательства эти ничтожны и недопустимы. Так как каждый из истцов утверждал и подтвердил доказательствами, что владелец заложил раба ему одному, то не во власти казия присудить раба одному из них, ибо невозможно, чтобы один и тот же раб был полностью заложен одному лицу и в то же время был заложен и другому; равно он не может присудить заложеного раба вполне одному из истцов, потому что у него нет основания отдать предпочтение одному перед другим; наконец, он не мог присудить каждому по половине, так как заклад неделим. Посему, так как невозможно разрешить дело по представленным доказательствам, то иски обоих устраняются.

Возражение. Казий бы, казалось, должен присудить раба в заклад обоим, ибо они оба как бы получили его одновременно, так как время заклада не установлено.

Ответ. Казий не может постановить такого рода решения. Этим он уклонился бы от доказательств, представленных сторонами, ибо каждая из них положительно заявила, что раб всецело был заложен ей на предмет удовлетворения ее отдельной претензии. Если бы он присудил каждой стороне половину, то поступил бы в противность доказательствам, чего казий не вправе делать.

Если залогодатель умрет, оставив вещь в закладе у двух залогопринимателей, то она продается для удовлетворения их претензий. Если залогодатель умрет, оставив, например, заложеного двум лицам раба, и каждый из залогопринимателей представит доказательства в подтверждение того, что раб был всецело заложен ему, то за каждым признается в закладе половина раба, которая и может быть продана каждым для удовлетворения своей претензии, по благоприятному толкованию. Таково мнение имамов Абу Ханифы и Мухаммада. По аналогии следовало бы признать заклад ничтожным (и таково мнение Абу Юсуфа). Так как цель договора заклада заключается в том, чтобы заклад был удержан для получения удовлетворения долга, то отсюда следует, что решение казия, признающее за каждым половину, предполагает, что заклад находился во владении каждого отдельно в неопределенной части, что так же незаконно после смерти залогодателя, как и при жизни его. Основание к более благоприятному толкованию заключается здесь в том, что целью заключения договора является не самый договор, а вытекающая из него польза. Но польза из этого договора при жизни залогодателя заключается в удержании заложеной вещи, каковое не может быть осуществлено в случае обеспечения закладом разных претензий в неопределенной части; но после смерти залогодателя польза заключается в том, что залогодатель может продать вещь для удовлетворения долга, чему не препятствует отдельность претензий. Случай здесь тот же, как если два лица утверждают, что они женаты на одной и той же женщине, или если две сестры утверждают, что они со-

стоят в браке с одним и тем же мужчиною, и обе стороны представят доказательства; в этом случае представленные доказательства оставляются без внимания при жизни мужчины, но после его смерти постановляется определение о присуждении им причитающейся части наследства, так как оно делимо.

Глава III

О ЗАКЛАДЕ, ПОМЕЩЕННОМ В РУКИ ТРЕТЬЕГО ЛИЦА

Стороны могут по соглашению доверить заложенную вещь хранению какого-либо почтенного лица. Если залогодатель и залогоприниматель согласятся поместить заложенную вещь в руки почтенного лица (в качестве доверенного обеих сторон), то это законно. Имам Малик того мнения, что это незаконно, потому что владение доверенного лица это то же самое, что владение залогодателя (ввиду чего доверенный имеет к нему обратное требование, когда заложенная вещь будет утрачена в его, доверенного, владении, и другое лицо, доказавшее свое право на эту вещь, получит от него вознаграждение за утрату); а если так, то здесь нет овладения со стороны залогопринимателя, ввиду чего договор залога неполон вследствие отсутствия одного из его условий, именно — овладения со стороны залогопринимателя. Наши ученые доказывают, что владение доверенного лица, очевидно, то же самое, что владение залогодателя в отношении охранения (ибо сама заложенная вещь составляет поклажу), а в отношении ценности владение это равносильно владению залогопринимателя, так как оно подвергает его ответственности в случае утраты, ибо залог в отношении ценности его составляет предмет ответственности, ввиду чего доверенное лицо заменяет обе стороны, залогодателя и залогопринимателя, для осуществления цели их обеих, именно — договора залога. (Что касается вышеупомянутого права обратного требования доверенного к залогодателя в случае утраты и т.п., то право это признается только ввиду того, что доверенное лицо есть представитель залогодателя для охраны существа заложенной вещи, подобно обыкновенному поклажепринимателю).

После чего ни одна из них не вправе изъять эту вещь из рук доверенного. Залогоприниматель не вправе взять заложенную вещь от доверенного лица, так как с нею связано право залогодателя, ибо вещь эта составляет поклажу в руках доверенного. Равно и залогодатель не может взять ее, так как с нею связано право залогопринимателя на получение платежа долга. Посему ни одна из сторон не вправе нарушать право другой.

Но залогоприниматель ответствен в случае утраты. Если заложенная вещь будет утрачена в руках доверенного лица, залогоприниматель ответствен, ибо владение доверенного равносильно владению залогопринимателя в отношении стоимости заложенной вещи; а ответственность бывает лишь относительно стоимости.

Если доверенное лицо не совершило правонарушения, в каком случае оно ответственно. Если, напротив, доверенное лицо передаст заложенную вещь залогодателя или залогопринимателю, то оно ответственно. Оно является доверенным залого-

дателя в отношении существа заложенной вещи и доверенным залогопринимателем — в отношении стоимости ее; и каждая из этих сторон является чужою по отношению друг к другу; доверенное же лицо ответственно в случае выдачи вверенного имущества чужому лицу. Посему доверенное лицо, являясь ответственным, не может удерживать стоимость заложенного в своем владении; так как оно стало должником этой стоимости, то отсюда следует, что если бы оно удержало ее в виде залога, то являлось бы в одно и то же время истцом и ответчиком, плательщиком и получателем.

Правила, подлежащие соблюдению в этом случае. В этом случае залогодатель и залогоприниматель должны совместно взять от доверенного лица стоимость залога и вновь передать ему или кому-либо другому вместо первоначального залога. Если бы, однако, они не согласились относительно совместного действия, то каждый из них может обратиться к казию, который может взять от доверенного лица стоимость вещи и снова ее передать ему или кому-либо другому вместо первоначального залога. Если казий поступит таким образом и залогодатель затем уплатит свой долг, то, предполагая, что доверенное лицо стало ответственно вследствие передачи заложенной вещи залогодателю, оно может удерживать стоимость этой вещи, так как здесь залогодатель получил свою вещь, а залогоприниматель — свой долг. Если, напротив, доверенное лицо стало ответственно вследствие выдачи вещи залогопринимателю, то залогодатель по уплате долга вправе получить от него стоимость залога. При наличности заложенной вещи он по уплате долга тотчас получил бы эту вещь, следовательно, имеет право и на заменяющую вещь стоимостью ее. Следует заметить, что если доверенное лицо дало вещь залогопринимателю в ссуду или в поклажу и таковая погибнет без всякого с его стороны правонарушения, то оно не вправе требовать от залогопринимателя стоимость вещи; между тем как, если вещь погибла по вине залогопринимателя, доверенное лицо вправе требовать этого, ибо право собственности на вещь перешло к нему вследствие уплаты им вознаграждения за утрату ее, следовательно, оно отдало в ссуду свою собственность; и посему ссудоприниматель ответствен за утрату вещи, если она последовала по его вине, но не иначе. Равным образом, если доверенное лицо передает залог залогопринимателю «для того, чтобы он сам хранил его как обеспечение долга» и впоследствии заложенная вещь погибнет, то оно вправе получить от залогопринимателя стоимость ее, погибла ли вещь по его (залогопринимателя) вине или нет, ибо она была дана не в виде поклажи или ссуды и передача сопровождалась такими словами, которые предполагали обязанность вознаграждения за утрату.

Залогодатель может поручить залогопринимателю или другому лицу продать заложенную вещь и уплатить долг, но он не может взять обратно поручение, включенное в договор. Если залогодатель назначит залогопринимателя или другое лицо представителем для продажи заложенной вещи на предмет удовлетворения долга при наступлении срока платежа, то такое представительство действительно, ибо здесь залогодатель лишь назначает представителя для продажи своей собственности. Если такое представительство включено в договор залога как одно из условий его, залогодатель не имеет права отступить от этого условия, ибо когда представительство

выговорено таким образом, оно составляет одно из прав, вытекающих из договора, и потому обязательно ввиду обязательности договора: вследствие связи с этим условием права залогопринимателя устранение условия являлось бы уничтожением этого права. Случай этот подобен тому, когда за ответчика назначается представитель по ходатайству истца: такой представитель не может быть устранен в отсутствие истца.

Правила относительно представителя, назначенного для продажи заложенной вещи. Если залогодатель назначит кого-либо своим представителем для продажи заложенной вещи, не ограничивая его продажей за наличные деньги или в кредит, оставляя это на усмотрение представителя, а впоследствии запретит ему продажу в кредит, то такое запрещение не имеет силы, ибо представительство вначале было безусловным, а потому оно впоследствии не может быть ограничено залогодателем. Представитель не может быть уволен залогопринимателем, так как он не находится ни в какой зависимости от него, будучи назначен залогодателем. Равно, если залогодатель умрет, представительство, тем не менее, остается в силе, ибо договор залога не теряет силы по смерти залогодателя, не лишается ее и представительство, включенное в договор. Если бы договор по этой причине стал недействительным, то это касалось бы только прав наследников залогодателя, над которыми права залогопринимателя имеют преимущество. Кроме того, представитель уполномочен продать залог без согласия наследников, как он поступил бы при жизни залогодателя, без его согласия. Равным образом, если бы умер залогоприниматель, представительство не потеряло бы силы, ибо договор залога не теряет силы ни вследствие смерти одной стороны, ни вследствие смерти обеих, но продолжает существовать как и до тех пор, со всеми правами и преимуществами, каковы владение, погашение и рассматриваемое представительство. Полномочие представителя кончается, однако, с его смертью, и его наследник или душеприказчик не могут заменить его, ибо представительство не наследственно, так как предполагается, что представляемый имел доверие к одному представителю, а не к другому лицу. Передают мнение Абу Юсуфа, что душеприказчик представителя может продать заложенную вещь. Так как представительство обязательно, то душеприказчик имеет власть продать ее, подобно тому, как если музариб, обменяв капитал на какой-либо род товара, умрет, в каком случае его душеприказчик вправе распорядиться товаром, ибо договор остается обязательным. На это можно, однако, возразить, что представительство есть право хозяина над своим агентом, и наследники представителя могут наследовать лишь в его правах. Другое дело — в музарабате: вытекающие из него права принадлежат музарибу, или деятелю.

Залогоприниматель не может продать ее без согласия залогодателя. Залогоприниматель не имеет права продать заложенную вещь без согласия залогодателя, так как собственность над нею принадлежит исключительно последнему. Равно и залогодатель не может продать ее без согласия залогодержателя, ибо заложенная вещь в отношении ценности своей составляет право залогопринимателя. Отсюда следует, что если бы залогодатель продал ее без содействия залогопринимателя, то он не мог бы передать ее покупщику.

Представитель по наступлении срока платежа может быть принужден продать заложенную вещь. Когда по наступлении условленного срока платежа представитель откажется продать вещь, переданную ему с этою целью, а залогодатель скроется, то казий должен принудить его продать вещь, подвергнув его заключению или употребив другие принудительные меры, так как представительство обязательно по двум причинам: во-первых, потому что, когда включено в договор залога, оно составляет одно из прав, вытекающих из этого договора; во-вторых, потому что с ним связано право залогопринимателя, а уклонение представителя уничтожает это право. Словом, к этому случаю применимы те же правила, как и в случае назначения ответчиком по требованию истца представителя для разрешения спорного дела, ибо если ответчик скроется, а представитель откажется разрешить дело, то он может быть принужден к этому казием по второй из вышеприведенных причин, ибо иначе было бы нарушено право истца. (Другое дело — простой представитель для продажи: если он откажется совершить продажу, то не может быть принужден к этому, так как доверитель может и сам продать вещь, ввиду чего право его не нарушается). Сказанное здесь предполагает, что представительство включено в договор. Если оно назначено только после совершения договора, то относительно этого случая существует разногласие: некоторые утверждают, что представитель не может быть принужден к совершению продажи, другие утверждают, что он может быть принужден. Автор «Хидои» замечает, что последнее мнение более основательно. Абу Юсуф говорит, что представительство равно обязательно в обоих случаях (то есть если оно включено в договор или назначено после заключения его). «Джами-ус-Сагир» и «Мабсут» сильно стремятся подкрепить это мнение: толкуя об этого рода представительстве, они считают его абсолютным и не делают различия между представительством, включенным в договор, и назначенным после заключения его.

Если заложенная вещь продается по поручению доверенного лица, то полученная за вещь цена заменяет ее. Если представитель доверенного лица, которому заложенная вещь была передана, продаст ее, то она уже не находится в залоге и заменяется своею ценою (то есть цена эта как бы находится в залоге), хотя бы представитель еще не получил ее, так как цена эта служит заменою вещи, находившейся в его владении. Отсюда, если полученная цена будет утрачена, например, вследствие смерти покупателя, впавшего в несостоятельность и не уплатившего за вещь, то убыток падает на залогопринимателя, ибо договор залога сохраняет силу относительно покупной цены, так как таковая заменяет проданную вещь, то есть заклад. Равным образом, когда раб будет убит и убившее лицо рассчитается за его стоимость, договор сохраняет силу, так как хозяин раба имеет право на его стоимость в силу права собственности, хотя бы стоимость эта была уплачена в виде пени за кровь. То же правило применяется, когда один раб, убив другого, отдается в зачет за убитого: в этом случае убивший служит заменою убитого.

Если доверенное лицо, продав заложенную вещь и уплатив залогопринимателю, впоследствии понесет убыток, то оно может получить удовлетворение от той или другой стороны. Если доверенное лицо, назначенное представителем по продаже заложенной вещи, продаст ее и передаст вырученную цену залогопринимателю в виде пла-

тежа, а затем заложенная вещь окажется принадлежащею другому и доверенное лицо уплатит ему вознаграждение за стоимость вещи, то оно вправе или получить стоимость ее от залогодателя или вырученную за нее цену — от залогопринимателя; но он не может получить от залогопринимателя более покупной цены. Автор «Хидоя» замечает, что этот случай может оказаться при двух различных обстоятельствах: 1) когда заложенная вещь погибнет после продажи и 2) когда она останется целою и невредимою. В первом из этих случаев собственник заложенной вещи может получить вознаграждение за стоимость ее или от залогодателя, незаконно владевшего вещью, или от доверенного лица, которое нарушило право собственника, продав его имущество и передав другому лицу. Посему, если он получит вознаграждение от залогодателя, то продажа вещи доверенным лицом, равно как и получение продажной цены залогопринимателем в удовлетворение долга, становятся действительными. Так как залогодатель, дав вознаграждение, становится собственником залога и сглаживает факт незаконного владения, то оказывается, что он уполномочил доверенное лицо продать то, что составляло его собственность. Если, напротив, он получит вознаграждение от доверенного лица, то последнее может, в свою очередь, обратиться к залогодателю, то есть оно может получить от него стоимость заложенной вещи, потому что, будучи его представителем и занимаясь его делом, оно имеет право на вознаграждение за всякий неизбежный убыток, понесенный им при исполнении его поручения. И в этом случае продажа заложенной вещи действительна, равно как и получение залогопринимателем продажной цены в удовлетворение долга, ввиду чего залогоприниматель не может впоследствии предъявить иск об этом долге. Или, если доверенное лицо пожелает, может обратиться к залогопринимателю, то есть может взять от него обратно продажную цену, которую он неправильно получил; неправильно потому, что она в результате оказалась собственностью доверенного лица, уплатившего за утрату ее вознаграждение собственнику, ибо когда оно передало ее залогопринимателю, то предполагало, что вещь эта составляет собственность залогодателя; но оно, может быть, не склонно одобрить передачу, когда цена вещи оказалась принадлежащею ему, и потому вправе взять ее обратно. Однако обратное получение цены вещи лишает залогопринимателя удовлетворения, которое имелось в виду при передаче ему этой цены, и он может требовать платежа от залогодателя. Напротив, в последнем из приведенных случаев (когда залог после продажи остается целым и невредимым) собственник заложенной вещи обязан взять ее от покупателя, так как последний владеет существом его имущества; а покупатель имеет право на возвращение доверенным лицом уплаченных денег, потому что оно является продавцом; после чего доверенное лицо может, по своему выбору, получить вознаграждение от залогодателя или от залогопринимателя: от первого — потому, что он побудил его вступить в соглашение, от которого он, следовательно, обязан освободить его, а от второго — потому, что когда проданная вещь окажется чужою собственностью, деньги, полученные за нее, не составляют уже продажной цены и залогоприниматель, получивший их в качестве таковой, не может удерживать их дольше. Посему, если доверенное лицо получит стоимость вещи от залогодателя, то владение залогопринимателя ценою становится действительным, между тем как

если он получит продажную цену от залогопринимателя, то за разрушением его владения прежнее его право (право требования к залогопринимателю) продолжает существовать, как и раньше.

Но если поручение дано залогодателем после заключения договора, оно должно обратиться за вознаграждением к нему одному. Все изложенное здесь основано на предположении, что представительство было включено в договор как один из его пунктов. Если залогоприниматель назначит доверенное лицо своим представителем по продаже залога после заключения договора, то представитель должен обратиться за вознаграждением в убытках вследствие продажи залога к залогодателю, а не к залогопринимателю, хотя бы он передал последнему полученную за вещь цену, так как с этим представительством залогоприниматель не имеет ничего общего, так что залогодатель может отменить представительство без его согласия.

Лицо, доказавшее свое право на заложенного раба, умершего во владении залогопринимателя, может искать вознаграждения от той или другой стороны. Если заложенный раб умрет во владении залогопринимателя, а затем окажется, что он принадлежит другому, а не залогодателю, то собственник раба может требовать вознаграждения от залогодателя или залогопринимателя, ибо оба являются нарушителями его права: один — передав вещь другому, а другой — получив ее. Посему, если он получит вознаграждение от залогодателя, то залогоприниматель, ввиду смерти раба в его владении, считается получившим удовлетворение долга. Так как залогодатель стал собственником раба вследствие уплаты за него вознаграждения, то погашение его долга является осуществленным ввиду смерти раба в руках залогопринимателя. Если, напротив, собственник получит вознаграждение от залогопринимателя, то последний не только вправе требовать вознаграждения от залогодателя, но претензия его к нему продолжает существовать; он получает право на вознаграждение от залогодателя, потому что ввел его в заблуждение; и его претензия продолжает существовать, потому что погашение долга вследствие смерти раба теряет силу по уплате залогопринимателем стоимости такового, ввиду чего право его восстанавливается.

Возражение (сделанное казим Абду Касымом). Казалось бы, что претензия залогопринимателя погашается смертью раба, находящегося в его владении, ибо после уплаты залогодателем вознаграждения за стоимость раба (путем выдачи такового залогопринимателю) он становится собственником раба, ввиду чего он фактически заложил свою собственность. Случай этот тождествен с случаем получения собственником вознаграждения от залогодателя, который при этом освобождается от всякой дальнейшей обязанности перед залогопринимателем.

Ответ. Так как залогоприниматель сперва уплачивает вознаграждение, то он становится собственником раба со времени овладения; и когда засим он получает уплаченную им сумму обратно от залогодателя, то его право собственности на раба прекращается, и залогодатель становится собственником последнего. Посему право собственности залогодателя на раба возникает после заключения договора залога (ибо залогоприниматель как бы продал раба залогодателю и получил его цену); и этот долг залогопринимателю остается за ним как и прежде, ввиду чего залогоприниматель вправе получить его от него. Другое дело — в первом случае (когда собст-

венник получает вознаграждение от залогодателя): здесь залогодатель становится собственником со времени нахождения раба в его владении (что предшествовало договору залога), ввиду чего можно сказать, что он лишь заложил свою собственность; и по смерти раба во владении залогопринимателя он освобождается от долга, которого залогоприниматель не может требовать с него впоследствии.

Глава IV

О ВЛАСТИ НАД ЗАЛОЖЕННЫМИ ВЕЩАМИ И О ПРАВОНАРУШЕНИЯХ ОТНОСИТЕЛЬНО ЭТИХ ВЕЩЕЙ

Заложённая вещь не может быть продана без согласия залогопринимателя. Если залогодатель продаст заложённую вещь без согласия залогопринимателя, то вступление продажи в силу зависит от воли последнего, потому что заложённая вещь связана с его правом несмотря на то, что такая продажа составляет действие залогодателя относительно своей собственности так же, как если кто-либо исчерпает все свое имущество отказами, в каковом случае действительность отказов в части, превышающей одну треть имущества, зависит от согласия наследников, потому что их право связано с этими отказами. Если залогоприниматель согласится на продажу, то она действительна, ибо действие ее было приостановлено лишь ради его права, от которого он согласен отказаться; и она одинаково действительна, когда залогодатель погашает свой долг, ибо продажа есть действие собственника относительно своего имущества, приостановленное лишь в виду препятствия¹, каковое здесь устраняется². В первом случае, по даче залогопринимателем своего согласия и по восприятию договором продажи силы, право залогопринимателя переносится с заложённой вещи на вещь, данную в обмен за нее, именно — на цену, которая служит заменой первоначального залога. Это — общепринятое мнение, ибо право залогопринимателя связано с ценностью залога, а полученная за него цена фактически тождественна с вознаграждением за него. Это представляет аналогию с случаем, когда впавший в долги раб продается с согласия своих кредиторов: их право переносится с раба на полученную стоимость его, ибо предполагается, что кредиторы, дав согласие на продажу, согласились на перенос своего права с раба на его стоимость, но не на полное прекращение своего права. Если залогоприниматель откажет дать согласие и уничтожит договор продажи, то таковой ничтожен с самого начала (по одному преданию), ввиду чего, если залогодатель выкупит заклад, покупатель все-таки не вправе получить его. Так как право залогопринимателя равносильно праву собственности, то он имеет такое же значение, как собственник заложённой вещи (ввиду чего может присоединиться к договору продажи или уничтожить его). Одна-

¹ Именно — права залогопринимателя, связанного с заложённой вещью.

² Платежом долга, который освобождает заложённую вещь от всякой претензии на нее залогопринимателя.

ко, по более достоверному преданию, залогоприниматель не имеет власти уничтожить договор. Право его не может быть нарушено, так как продажа во всяком случае не может быть осуществлена без его согласия. Посему ввиду отсрочки исполнения договора покупатель может ожидать, пока залогодатель не выкупит заложенной вещи и не передаст ему согласно договору, или может обратиться к казию, ибо не во власти продавца передать проданное имущество, а власть расторгнуть договор принадлежит одному казию. Случай этот подобен тому, когда раб, будучи продан своим хозяином, бежит до вступления покупателя во владение им: покупатель может или ожидать возвращения раба, или предъявить казию требование (ввиду невозможности для продавца передачи имущества) об уничтожении договора.

Который, если залогодатель продаст ее более одного раза, может утвердить ту или другую продажу. Если залогодатель продаст¹ заложенную вещь без согласия залогопринимателя и снова, до дачи залогопринимателем своего согласия, продаст ее другому лицу, то та сделка, которую утвердит залогоприниматель, действительна, ибо первая продажа зависит от согласия залогопринимателя, а потому она не может препятствовать зависимости и второй от такого же согласия. Посему, если залогоприниматель пожелает, то может утвердить вторую продажу. Если, напротив, залогодатель после продажи заложенной вещи отдаст ее внаймы, подарит или заложит другому лицу и залогоприниматель согласится на такой наем, дарение или заклад, то продажа, предшествовавшая каждой из этих сделок, действительна. Разница между этими двумя случаями та, что в первом (когда одна продажа заключается после другой) залогоприниматель может получить выгоду, утверждая одну из них (так как право его связано с ценою), и посему та продажа, которую он утвердит, действительна. Напротив, в случае найма или дарения залогоприниматель не может получить никакой выгоды, так как право его связано со стоимостью вещи, а не с пользованием ею. Посему, если залогоприниматель одобрит одну из этих сделок, тем самым соглашается на уничтожение своего права; следовательно, предыдущая продажа (действие которой было приостановлено лишь во внимание к праву залогопринимателя) становится действительною.

Заложенный раб может быть отпущен на волю залогодателем. Залогодателю разрешается отпускать на волю раба, отданного в заклад. Так как он в здравом уме и совершеннолетний, то может освобождать свою собственность, каковым, несомненно, является заложенный раб. Договор залога не разрушает права собственности залогодателя на заложенную вещь, потому его действие относительно этой вещи не становится недействительным вследствие отсутствия согласия залогопринимателя несмотря на то, что этим разрушается право последнего (на удержание ценности); так же, как если покупатель раба освобождает его, не вступив во владение им, в каком случае раб свободен несмотря на то, что этим уничтожается право продавца на удержание вещи в обеспечение цены ее.

¹ Упомянутая здесь продажа есть не абсолютная, а условная, зависящая от согласия залогопринимателя.

Возражение. Если кто-либо откажет раба на смертном одре другому лицу и не оставит другого имущества и наследники завещателя засим отпустят этого раба на волю, то такое отпущение недействительно ввиду права легатария; и отсюда следует, что заложенный раб не может быть отпущен на волю ввиду права закладоприемателя.

Ответ. Отпущение на волю раба наследниками завещателя не ничтожно (по мнению Абу Ханифы), но действие его отсрочивается до совершения рабом работы за освобождение.

Кроме того, продажа или дарение заложенной вещи ничтожны потому, что закладодатель не в состоянии передать ее покупщику или одаренному, — возражение, не имеющее места в случае отпущения на волю, ибо в этом случае передачи не требуется. Посему отпущение на волю действительно и немедленно вступает в силу, ввиду чего договор залога ничтожен, так как предмет его более не существует.

Который, если он богат, должен заменить заложенного раба стоимостью его. Если закладодатель богат и срок платежа наступил, то закладоприематель может немедленно потребовать платежа или, если срок еще не наступил, он может взять у закладодателя стоимость раба и удержать ее вместо залога до наступления срока, после чего обратить ее на пополнение долга, возвратив остаток, если таковой окажется, закладодателю.

Но если он беден, раб должен совершить работу за освобождение в размере стоимости своей для погашения претензии закладоприемателя. Это если закладодатель богат; если он беден, то раб обязан исполнить работу за освобождение в размере, равном своей стоимости; и этою работою претензия закладоприемателя должна быть удовлетворена. Так как удовлетворение долга со стороны закладодателя здесь невозможно, то удовлетворение это производится тем, кто пользуется выгодой отпущения на волю, именно — рабом. Однако раб, если впоследствии его освободитель станет состоятельным, вправе получить от него заработанную им сумму, ибо он фактически заплатил его долг, не добровольно или безвозмездно, но согласно с предписанием закона по этому предмету.

Хотя бы он оспаривал, что находился в закладе до отпущения на волю. Если кто-либо объявит о закладе своего раба, говоря ему: «Я дал тебя в заклад такому-то лицу», а раб оспаривает это, хозяин же впоследствии отпустит его на волю, будучи сам беден, то раб обязан исполнить работу за освобождение, по мнению всех наших ученых. Имам Зуфар — противоположного мнения: он считает этот случай аналогичным с тем, когда хозяин сперва освободит раба, а потом объявит, что он заложил его, в каковом случае, если хозяин беден, а раб отрицает заклад, он не обязан совершить работу за освобождение. Так и в рассматриваемом случае. С другой стороны, наши ученые рассуждают, что хозяин объявляет о закладе в такое время, когда он несомненно имеет право на совершение его, так как он, не освободив еще раба, имеет над ним право собственности; следовательно, его заявление действительно. Другое дело, когда заявление о закладе сделано после освобождения: тогда право хозяина на заклад раба прекратилось. Ввиду чего между обоими случаями нет аналогии.

Закладодатель может сделать своего заложенного раба мудаббаром или умми-валяд. Если закладодатель делает заложенного раба мудаббаром, то это действительно, по мнению всех авторитетов; по мнению наших ученых — потому, что как полное освобождение было бы действительно, тем более действительно условное освобождение; а по имаму Шафии — потому, что предоставление рабу тадбира не препятствует продаже раба. Подобным же образом закладодатель вправе сделать свою заложенную рабу умми-валяд, ибо отец имеет это право в отношении рабы своего сына ввиду принадлежащего ему над имуществом сына права несмотря на то, что право это уступает праву самого сына; и отсюда следует, что такое право тем более принадлежит закладодателю, так как право последнего выше права всякого другого лица, ибо закладодатель есть собственник.

Если он богат, то должен представить в заклад стоимость раба; если беден, то раб должен совершить работу за освобождение в размере суммы долга. Когда заложенный раб сделан мудаббаром или умми-валяд, то он исключается из договора заклада, так как цель такового разрушена, ибо долг не может быть погашен, если заклад состоит из раба-мудаббара или умми-валяд¹, ввиду чего, если закладодатель богат, то ответствен за стоимость, как выше — в случае отпущения на волю заложенного раба; но если он беден, то закладоприематель может требовать от мудаббара или умми-валяд работы за освобождение в размере долга, так как плод их труда составляет собственность их хозяина. Другое дело — в случае заклада раба, освобожденного бедным хозяином. Так как плод его труда составляет его же (раба) собственность, то он обязан совершить работу за освобождение только в размере своей стоимости или в размере долга закладодателя, если сумма такового менее стоимости раба.

Закладодатель, став состоятельным, ответствен за освободительную работу в первом случае, но не в последнем. Мудаббару или умми-валяд не дозволяется требовать от хозяина, ставшего состоятельным, уплаченного ими за его счет, когда он был беден, потому что фактически они произвели платеж из его имущества², но когда бедный закладодатель отпускает на волю заложенного раба, то последний вправе получить все, что уплатил за счет освободителя, ибо он уплатил это из своего имущества³, и это по необходимости, согласно с предписаниями закона, ввиду чего такой платеж не может считаться безвозмездным⁴. Некоторые говорят, что если срок платежа долга не наступил, то мудаббар или умми-валяд могут быть принуждены заработать свою стоимость, каковая, будучи заменой заклада, должна быть удержана вместо первоначального заклада; если же, напротив, срок платежа наступил, то необходимо погасить долг из имущества закладодателя; а так как заработок мудаббара или умми-валяд считается собственностью хозяина, то они должны работать для получения суммы, равной стоимости долга.

¹ Потому что мудаббары и умми-валяд не могут быть проданы.

² Ибо их заработок принадлежит ему.

³ Ибо труд и заработок вольноотпущенного считаются его собственностью.

⁴ Лицо, платящее чужой долг безвозмездно, не вправе требовать возмещения уплаченного.

Отпущенный на волю мудаббар не обязан исполнить для залогопринимателя работу сверх своей стоимости. Если залогодатель отпустит на волю раба, которого он сделал мудаббаром, то вольноотпущенник не обязан заработать большую сумму, чем его стоимость, хотя бы казий и предписал это, ибо после отпущения на волю плод его труда составляет его собственность. Однако он не может получить обратно от своего хозяина уплаченное им за его счет до отпущения на волю, так как это составляло собственность хозяина.

Уничтожение залога залогодателем. Если залогодатель уничтожит заложенную вещь, то применяются те же правила, как в случае отпущения на волю заложенного раба.

Посторонним лицом. Если постороннее лицо (то есть лицо, не участвовавшее в договоре) испортит заложенную вещь, то залогоприниматель (а не залогодатель) может взять от него вознаграждение за стоимость, которую он должен удержать в залоге вместо первоначального залога, потому что залогоприниматель, имея наиболее прав на существо заложенной вещи, имеет также наибольшее право на замену ее, именно — на стоимость. Следует заметить, что третье лицо должно вознаградить за заложенную вещь по стоимости ее в то время, когда она подверглась порче. Посему, если стоимость ее в период порчи равняется 500 дарагимов, а в момент заключения договора равнялась 1000 дарагимов, третье лицо должно рассчитаться за 500 дарагимов с залогопринимателем, который должен удержать таковые в залоге; а 500 дарагимов исключаются из долга, ибо недостающее в этой сумме составляет утрату, происшедшую во время владения залогопринимателя и причиненную как бы по воле неба. И так как имущество таким образом погибло в его руках, то соответствующая часть стоимости его исключается из долга.

Или залогопринимателем. Если залогоприниматель испортит заложенную вещь до истечения условленного срока платежа, то он ответствен за стоимость, потому что уничтожил чужую собственность; и эту стоимость он должен удержать до наступления срока платежа, ибо она составляет замену заложенной вещи и потому подчиняется тем же правилам. Коль скоро наступит срок платежа, залогоприниматель может удовлетворить себя из стоимости залога; и если будет остаток, то он должен быть возвращен залогодателю как эквивалент за его имущество, к которому залогоприниматель не имеет никакого отношения.

Уменьшение стоимости заложенной вещи имеет последствием пропорциональное погашение претензии залогопринимателя. Если кто-либо закладывает вещь, оцененную в 1000 дарагимов, в обеспечение долга в той же сумме, впоследствии вследствие падения цены она будет иметь стоимость в 500 дарагимов и затем будет уничтожена в руках залогопринимателя, то последний ответствен за 500 дарагимов, которые и вычитаются из его претензии, ибо уменьшение стоимости вещи на 500 дарагимов вследствие падения цены составляет как бы разрушение части залога, находящегося во владении залогопринимателя, и потому соответствующая сумма вычитается из его претензии. Равным образом он обязан возместить остальные 500 дарагимов ввиду гибели вещи, каковые остаются у него в залоге.

Закладоприематель, дающий заложенную вещь в ссуду закладодателю, свободен от ответственности в течение ссудного времени. Если лицо, получившее раба в заклад, отдаст его в ссуду закладодателю для пользования его услугами или для другой цели и закладодатель вступит во владение рабом, то последний уже не находится на ответственности закладоприемателя (другими словами, если раб будет убит или потерян в руках закладодателя, то претензия закладоприемателя не считается погашенной), потому что он вышел из владения закладоприемателя; и владение закладодателя, основанное на ссуде, не равносильно владению закладоприемателя, так как держание в виде ссуды противоположно держанию в виде заклада, ибо последнее связано с ответственностью, а первое не связано.

Но он может взять раба обратно, когда пожелает, и тогда ответственность возвращается. Однако закладоприематель волен во всякое время взять заложенную вещь обратно от закладодателя, который держит ее как ссуду, что не имеет обязательной силы, кроме того договор заклада продолжает существовать. И если бы закладодатель умер, не возвратив заклада, закладоприематель имел бы преимущественное перед другими кредиторами право удовлетворения из этой вещи (то есть имел бы право первым получить удовлетворение своей претензии из заложенной вещи, после чего, если бы оказался остаток, он был бы распределен между другими кредиторами).

Возражение. Если закладоприематель не считается ответственным за заложенного раба после отдачи его в ссуду, то каким образом договор заклада предполагается существующим?

Ответ. Ответственность не во всех случаях составляет условие договора заклада, ввиду чего действие договора распространяется на ребенка заложенной рабы, хотя такой ребенок не составляет предмета ответственности в случае утраты или гибели. Посему, так как договор заклада продолжает существовать, то, если закладоприематель возьмет заложенную вещь обратно от закладодателя, он вновь становится ответственным за него, ибо вновь получил ее во владение в силу договора заклада.

Заложенная вещь, отданная в ссуду одною из сторон третьему лицу, не составляет уже предмета ответственности. Если одна из сторон в договоре заклада с согласия другой отдаст заложенную вещь в ссуду третьему лицу, то закладоприематель не ответствен за нее, как и в предыдущем случае, но договор заклада остается в силе и каждая из сторон вправе взять вещь обратно от ссудоприемателя и отдать ее в заклад, как раньше, ибо каждая из них заинтересована в том.

Заложенная вещь, которую одна из сторон распорядится с согласия другой, исключается из договора. Если одна из сторон с согласия другой отдаст внаймы, продаст или подарит заложенную вещь третьему лицу, то она исключается из договора и не иначе может снова стать предметом его, как по новому соглашению. Следует заметить, что если в одном из этих случаев закладодатель умрет до возвращения заложенной вещи закладоприемателю, последний находится в одинаковом положении с другими кредиторами, ибо вследствие упомянутых сделок с заложенной вещью связывается право других, и потому действие договора прекращается; между тем как никакое обязательное право не соединяется с заложенной вещью вследствие ссуды.

ды ее, ввиду чего существует разница между рассматриваемыми случаями и случаем ссуды.

Если залогоприниматель возьмет заложенную вещь в ссуду от залогодателя для какой-либо определенной цели и вещь эта погибнет прежде, чем он воспользуется ею для этой цели, то он ответствен за нее, то есть сумма, пропорциональная ее стоимости, исключается из долговой суммы, ибо пока он не употребил вещь на то дело, для которого взял ее в ссуду, владение, полученное им в силу договора залога, продолжает существовать. Тот же закон применяется, когда заложенная вещь погибнет после осуществления залогопринимателем цели, ради которой он взял вещь в ссуду: тогда владение, основанное на ссуде, уже не существует. Напротив, если вещь погибнет в период пользования ею, то он не ответствен, так как в то время владел ею в качестве ссуды, а не залога. (То же правило применяется, когда залогодатель согласится, чтобы залогоприниматель пользовался заложенной вещью¹).

Лицо, берущее вещь в ссуду с намерением заложить ее, должно соблюдать условия, под которыми вещь ссужена ему, если они были поставлены. Если кто-либо берет в ссуду у другого лица платье, заявляя намерение вообще «заложить его», то он может заложить его в обеспечение долга в какой бы то ни было сумме. Если ссудодатель точно определяет сумму, в обеспечение которой ссудоприниматель может заложить платье, то он не вправе заложить таковое за сумму, большую или меньшую указанной: за большую — потому, что ссудодатель имеет в виду, чтобы платье было заложено за долг, который легко погасить, что, очевидно, не может быть достигнуто, когда платье закладывается за большую сумму; за меньшую же — потому, что ссудодатель имеет здесь в виду получить от залогодателя, в случае утраты платья, ту сумму, которую он получил бы от залогопринимателя в вознаграждение за излишнюю стоимость заложенной вещи. То же правило применяется, когда ссудодатель указывает или определенный вид долга, или личность залогопринимателя, или город, в котором договор должен быть заключен, ибо эти ограничения сопровождаются известною выгодой для ссудодателя, так как одного рода долг уплачивается легче, чем долг другого рода, в одном городе платеж удобнее производить, чем в другом, и, равным образом, выгодно указывать лицо залогопринимателя, потому что одни лица отличаются честностью и заботливостью, чего нельзя сказать о других.

И если оно допустит отступление, то ответственно в случае потери. Если в одном из этих случаев ссудоприниматель поступит против указаний ссудодателя, то он ответствен за вещь в случае утраты ее; и если это случится, ссудодатель может или получить вознаграждение от ссудопринимателя (в каковом случае договор залога продолжает существовать между ссудопринимателем и залогопринимателем, так как последний, уплатив вознаграждение за заложенную вещь, становится исключительным собственником ее) или от залогопринимателя, который, в свою очередь, по-

¹ То есть когда залогоприниматель уже владеет вещью и получит согласие залогодателя на пользование ею. Для разъяснения сказанного следует заметить, что заложенная вещь может быть передана залогопринимателю или удержана собственником (залогодателем) с ответственностью за целостность ее.

лучит вознаграждение от залогодателя. Если, напротив, ссудоприематель поступит согласно с указаниями ссудодателя, заложив платё именно за указанную сумму, и стоимость платё будет равна или больше суммы долга, то залогоприематель в случае утраты платё считается получившим удовлетворение долга, и собственник платё получает от залогодателя сумму, равную долгу, так как эту сумму ссудоприематель погасил его имуществом (по этой причине ссудоприематель должен уплатить сумму, равную долгу, а не по той, что он вступил во владение вещью, так как владение основано было на добровольной ссуде со стороны собственника). Если ссудоприематель сообразовался с указаниями ссудодателя и платё упадет в цене, то залогоприематель лишается соответствующей части своей претензии, а ссудоприематель должен ссудодателю равную сумму, так как столько именно было исключено из его долга. Если стоимость платё меньше суммы долга и оно будет утрачено, то из претензии залогоприемателя исключается сумма, равная стоимости платё, а остаток составляет долг залогодателя, потому что долг погашен лишь в размере стоимости платё; сверх того, залогодатель состоит в долгу перед ссудодателем за стоимость платё, так как этою стоимостью он уплатил часть своего долга. Если стоимость платё равна сумме долга и собственник пожелает выкупить свою собственность уплатою долга, то залогоприематель не вправе возражать против возвращения платё. Так как платё составляет собственность ссудодателя, то он, выкупая его, не вмешивается в дело, которое его не касается (ввиду чего он вправе получить от залогодателя (ссудоприемателя) сумму, которую он уплачивает для выкупа заклада); посему казий должен принудить залогоприемателя к выдаче платё. Другое дело, когда постороннее лицо уплачивает долг залогодателя: пытаясь выкупить чужую вещь, он вторгается в отношения, в которых не участвует, и потому залогоприематель не может быть принужден к выдаче ему заклада.

Но оно не ответственно, если ссуженная вещь будет утрачена до заклада или после выкупа. Если взятый в ссуду предмет утратится в руках ссудоприемателя до заклада ее или после выкупа ее, то он не ответствен, ибо не погасил своего долга стоимостью вещи, что (как было показано в вышеприведенном случае) является единственным основанием ответственности.

При спорах относительно утраты заложенной вещи дается вера заявлению ссудоприемателя относительно лица, в чьем владении вещь утрачена, и заявлению ссудодателя — относительно условий ссуды. Если между ссудодателем и ссудоприемателем возникнет спор после утраты заложенной вещи, причем ссудодатель утверждает, что вещь утрачена в руках залогоприемателя, а ссудоприематель — что она утрачена в его владении до заклада или после выкупа ее, то следует дать веру заявлению ссудоприемателя, подкрепленному присягою, ибо он является ответчиком, так как отрицает платеж долга имуществом ссудодателя. Если, напротив, они не согласны относительно суммы долга, которую ссудодатель ограничил заклад платё, то дается вера заявлению ссудодателя. Так как заявлению его была бы дана вера, если бы он отрицал самую ссуду, то тем более ему должно верить, когда он отрицает одно из условий ссуды.

Лицо, получающее в заклад взятый в ссуду предмет на основании обещания дать займы, должно уплатить обещанную сумму закладывателю, который, в свою очередь, уплачивает ее ссудодателю. Если ссудоприематель закладывает платёж на основании обещания, то есть если кто-либо обещает ему дать займы известную сумму и примет заклад, и заклад этот (стоимость которого, положим, равна сумме долга) будет утрачен до исполнения закладоприемателем своего обязательства, то закладоприематель ответствен за обещанную сумму, так как обещание равносильно действительному долгу, а ссудодатель вправе получить от закладодателя уплаченную последнему закладоприемателем сумму.

Лицо, давшее в ссуду раба для заклада, может отпустить его на волю, поместив стоимость его в руки закладоприемателя взамен раба. Если кто-либо ссудит своего раба для заклада его и ссудоприематель действительно заложит его, а затем ссудодатель отпустит на волю, то он свободен, ибо право собственности ссудодателя на раба не уничтожается отдачей его в заклад. И в этом случае закладоприематель может получить платёж долга от закладодателя (который остается в долгу у него) или взять от ссудодателя стоимость раба в виде вознаграждения, ибо право его на заключавшуюся в рабе ценность было разрушено вследствие отпущения раба ссудодателем на волю. Получив, таким образом, стоимость, он может удержать таковую в виде заклада до получения платёжа долга, после чего должен возвратить означенную стоимость собственнику.

Ссудоприематель, допустивший правонарушение относительно вещи (до заклада или после выкупа ее), а затем прекративший такое нарушение, не ответствен в случае утраты. Если кто-либо возьмет в ссуду раба или верблюда для заклада и, употребив сперва раба для работы, а верблюда — для езды, затем заложит его в обеспечение долга, равного его стоимости, и после уплаты им этого долга заложенная вещь погибнет в руках закладоприемателя до возвращения ее, то закладодатель не ответствен. Совершив заклад, он освободился от ответственности, несмотря на то, что раньше пользовался ссуженной вещью, так как, хотя он сперва совершил правонарушение, но затем прекратил таковое и действовал согласно с намерением ссудодателя. Равным образом, если закладодатель, выкупив заложенную вещь, употребит ее в работу, не причинив ей никакого вреда, а затем она погибнет по непредвиденному случаю, то он не ответствен, ибо по истечении срока ссуды после выкупа заклада он перестает быть ссудоприемателем и становится с этого времени хранителем; и хотя, воспользовавшись вещью, он совершил правонарушение, но, так как затем он прекратил таковое и сообразовался с намерением ссудодателя, то с этого момента он свободен от всякой ответственности. Другое дело, когда кто-либо взял в ссуду вещь не для заклада: в этом случае владение основано только на ссуде и потому оно не тождественно с владением собственника, которому он и обязан возвратить вещь, взятую им в ссуду. Напротив, в случае ссуды для заклада, когда вещь заложена, цель ссудодателя достигнута, ибо он имел в виду обращение к закладодателю; то есть когда заложенная вещь погибнет в руках закладодержателя, последствием чего будет погашение долга, ссудодатель может получить от ссудоприемателя сумму, равную той, которая считается погашенной вследствие гибели заклада, ввиду чего, если за-

клад погибнет в руках ссудоприемателя без правонарушения с его стороны, то он не ответствен.

Закладодатель, уничтоживший заложенную вещь, ответствен перед закладоприемателем за стоимость ее. Если закладодатель убьет заложенного им раба, то он ответствен за стоимость его. Убивая раба, он уничтожает право закладоприемателя, которое священо и ненаруσιμο; а такого рода право, связанное с чьей-либо собственностью, уравнивает собственника с посторонним лицом в отношении ответственности подобно связи между правом наследников и имуществом умирающего лица, каковая связь препятствует действительности дарственных его актов относительно части его имущества, превышающей одну треть; или подобно связи между правом легатария и отказанною ему вещью, в силу каковой связи, если наследники завещателя разрушат эту вещь (предоставленную в виде отказа), они становятся ответственными за стоимость ее.

Равно как и за всякую порчу вещи пропорционально нанесенному ущербу. Если закладоприематель испортит заложенную вещь, то из его претензии вычитается сумма, равная штрафу за такую порчу, потому что существо заложенной вещи принадлежит собственнику (закладодателю); и так как закладоприематель совершил правонарушение, то он ответствен за это перед собственником.

Всякое подлежащее штрафу правонарушение, совершенное заложенным рабом над личностью или имуществом закладодателя, не принимается в расчет. Если заложенный раб совершит правонарушение против личности или имущества закладодателя, то такое правонарушение не принимается в расчет, то есть не сопровождается никакими последствиями. В этом согласны все наши ученые. Так как правонарушение здесь совершено собственностью над собственником, то преследование его бесполезно. (Под упоминаемыми здесь правонарушениями следует разуметь лишь те, которые влекут за собою штраф, а не возмездие).

Равно как и подобное же правонарушение, совершенное им над личностью закладоприемателя. Если заложенный раб совершит правонарушение над личностью закладоприемателя, то и это (по мнению Абу Ханифы) не принимается в расчет. Оба ученика решают иначе. Они приводят тот довод, что так как правонарушение не касается собственника, то преследование этого нарушения может принести пользу, ибо раб может быть выдан закладоприемателю в возмещение ущерба. Посему правонарушение принимается в расчет; а если так, то отсюда следует, что если закладодатель и закладоприематель согласятся расторгнуть договор залога и закладодатель выдаст раба или уплатит закладоприемателю известную сумму в виде штрафа за правонарушение, то долговое обязательство ничтожно¹, но если закладоприематель заявит, что «он не желает вознаграждения за правонарушение», то раб остается в закладе, как и до того. Абу Ханифа доказывает, что никакой выгоды не может произойти от преследования данного правонарушения. Если бы оно преследовалось от

¹ Потому что здесь раб является «утраченным в руках закладоприемателя» — обстоятельство, погашающее долг.

имени залогопринимателя, то он обязан освободить раба от вменения ему вины¹, ввиду чего должен сперва уплатить штрафную сумму, а затем получить ее обратно, в чем, очевидно, нет выгоды.

Или над его собственностью, если только стоимость раба не превышает долга, обеспечиваемого им. Если заложенный раб совершит правонарушение над имуществом залогопринимателя, то такое правонарушение, по мнению всех наших ученых, не принимается в расчет, если только стоимость раба равна сумме долга. Здесь от преследования нарушения не может быть выгоды. Возмещение состоит в присвоении раба залогопринимателю — вознаграждение, которое здесь не может быть достигнуто, ибо раб не передается в виде штрафа за правонарушение, а продается, и вознаграждение уплачивается из вырученной цены; а так как сумма, предназначенная для вознаграждения, вычитается из суммы долга, то в результате нет никакой выгоды от преследования правонарушения. Если, напротив, стоимость раба превышает сумму долга, то по этому предмету приводят два мнения Абу Ханифы. По одному, правонарушение может быть покрыто в части, пропорциональной излишку стоимости раба над суммой долга, так как раб в отношении этого излишка составляет поклажу, и правонарушение равносильно правонарушению, совершенному рабом, находящимся на хранении, над имуществом хранителя. По другому мнению, правонарушение вовсе не может быть покрыто. Так как действие договора залога (именно — удержание раба за счет долга) распространяется на излишек, как и на всякую другую часть раба, то можно сказать, что он составляет предмет ответственности в полном объеме.

Но правонарушение, совершенное им против сына залогопринимателя, подлежит преследованию. Если правонарушение совершено заложенным рабом над сыном залогодателя или залогопринимателя, то оно подлежит преследованию. Право собственности отца в действительности отдельно и независимо от права собственности сына, и правонарушение здесь такое же, как совершенное против постороннего лица.

Если заложенная вещь будет уничтожена после падения ее цены, то залогоприниматель должен удовольствоваться вознаграждением, которое он получит от виновника уничтожения. Если кто-либо заложит раба, оцененного в 1000 дарагимов, в обеспечение долга в такой же сумме, а затем стоимость раба дойдет до 100 дарагимов вследствие падения цены² и кто-либо убьет его и уплатит вознаграждение в 100 дарагимов (составляющие стоимость раба в то время) и наступит срок платежа, то залогоприниматель должен принять 100 дарагимов взамен своей претензии и не имеет более никаких требований к залогодателю. Это основано на том установившемся правиле, что на уменьшение стоимости заложенной вещи вследствие падения цен не обращается внимания, а в расчет принимается лишь цена, которую эта вещь имела в момент заключения договора залога. Ввиду чего уменьшение стоимости заложенной вещи вследствие падения цены не влечет за собою уменьшение долга, по мнению

¹ Ибо он владеет рабом с ответственностью за него.

² То есть вследствие падения, например, рыночной стоимости рабов.

наших ученых, в противоположность мнению имама Зуфара, который утверждает, что когда заложенная вещь терпит уменьшение в своей ценности, то можно сказать, что она терпит ущерб и в самом существе. Наши ученые доказывают, что падение в цене происходит исключительно от уменьшения спроса на вещь — обстоятельство, на которое не обращается внимания ни в случае продажи (вследствие чего покупщику не принадлежит право отказа вследствие случайного падения рыночной цены, но он должен заплатить всю условленную цену), ни в случае незаконного владения (ввиду чего незаконный владелец после возвращения захваченной вещи не ответствен за уменьшение стоимости ее вследствие падения цены, имевшей место во время незаконного владения). Так как никакая часть долга не погашается вследствие падения цены, то раб остается в закладе, обеспечивая весь долг; и когда кто-либо убьет его, он уплачивает стоимость, которую раб имел в то время, именно — 100 дарагимов (ибо при требовании вознаграждения следует обращать внимание на стоимость вещи в момент уничтожения ее); и закладоприематель получает 100 дарагимов в качестве вознаграждения за ценность залога в отношении собственника его. Но после того закладоприематель не имеет уже дальнейшей претензии к залогодателю, потому что получение закладоприемателем 100 дарагимов предоставляется получением платежа со времени вступления во владение залогом вследствие утраты самого залога в его руках. Сверх того, стоимость раба вначале равнялась 1000 дарагимов и после утраты его в руках закладоприемателя последний считается получившим платеж всего долга в силу первоначального овладения. Но так как вследствие получения 100 дарагимов невозможно признать получение им также 1000 дарагимов (первоначальную стоимость раба) без допущения лихвы, то дело разрешается так, что 100 дарагимов считаются полученными в счет долга в 1000 дарагимов и что остаются еще 900 дарагимов, связанных с существом заложенной вещи, и что после разрушения этой вещи в его владении закладоприематель считается получившим платеж 900 дарагимов. Другое дело, когда раб умрет естественною смертью, находясь во владении закладоприемателя: в этом случае не может быть обвинения в лихве, и закладоприематель считается получившим платеж всего долга.

Но если (после такого падения цены) он продаст ее по желанию залогодателя для платежа долга, то он все-таки имеет право на получение недостающей суммы. Если кто-либо заложит раба, оцененного в 1000 дарагимов, в обеспечение долга в той же сумме, затем стоимость раба понизится до 100 дарагимов вследствие падения цены, залогодатель поручит закладоприемателю продать раба и он будет продан за 100 дарагимов, которые возьмет закладоприематель для погашения долга, то он все-таки вправе получить от залогодателя остальные 900 дарагимов. Так как он продал залог по желанию залогодателя, то обстоятельства представляются теми же, как если бы залогодатель взял раба обратно и сам продал его, в каковом случае соглашение было бы расторгнуто, а долговое обязательство сохраняло силу, за исключением той суммы, которую закладоприематель получил. Так и в рассматриваемом случае.

Залогодатель должен выкупить раба меньшей стоимости (полученного закладоприемателем в вознаграждение за убийство заложенного раба) уплатою всего своего долга. Если кто-либо заложит раба, оцененного в 1000 дарагимов, за долг в той же сумме,

а затем раб, оцененный в 100 дарагимов, убьет заложенного раба и, будучи выдан в вознаграждение за кровь, будет удержан взамен бывшего в закладе раба, то закладодатель обязан выкупить его уплатою всего долга, то есть 1000 дарагимов. Таково мнение Абу Ханифы и Абу Юсуфа. Имам Мухаммад утверждает, что закладодатель может или выкупить заклад платежом всего долга, или передать право собственности на него закладоприемателю в виде зачета. С другой стороны, имам Зуфар утверждает, что раб, совершивший убийство, должен оставаться в закладе в обеспечение 100 дарагимов, и что остальная сумма в 900 дарагимов считается погашенною, ибо владение закладоприемателя в силу договора есть владение платежною суммою, причем платеж осуществляется уничтожением заклада; но так как заклад этот оставил после себя вознаграждение, равное одной десятой части долга, то эта часть остается в долгу и раб удерживается в закладе в обеспечение ее. Довод наших ученых заключается в том, что никакая часть долга не погашается, потому что второй раб является заменою первого только в отношении плоти и крови (то есть в отношении видимой внешности); и как в случае существования первого раба, если бы стоимость его понизилась, это не влекло бы за собою погашение какой-либо части долга; долг не погашается и тогда, когда другой раб заменяет первоначально заложенного. Имам Мухаммад говорит, что закладоприематель, тем не менее, может отказаться от выкупа заклада, ибо когда произошла перемена и уменьшение стоимости заложенной вещи, находившейся в руках закладоприемателя (что составляет основание к ответственности), то закладодатель получил право возражать против выкупа ее так же, как если раб убьет купленного раба до передачи его, в каковом случае покупатель вправе или принять раба, совершившего убийство, взамен убитого, или расторгнуть договор продажи. Оба старших на это возражают, что так как второй раб по внешности стал заменою первого, то можно сказать, что никакой перемены не произошло в тождестве раба; и так как существо заложенной вещи составляет поклажу в руках закладоприемателя, то отсюда следует, что закладодатель не может перенести право собственности на закладоприемателя без его согласия. Кроме того, передача заложенной вещи в зачет обеспечиваемого ею долга была обычным явлением во времена невежества, но с тех пор была запрещена законом. Другое дело — в отношении случая продажи, приводимого имамом Мухаммадом в параллель с рассматриваемым: здесь покупатель имеет право на расторжение договора продажи; а уничтожение продажи разрешается законом.

Штрафы, налагаемые по вине заложенного раба, уплачиваются закладоприемателем. Если заложенный раб случайно убьет кого-либо, то пеня за кровь возлагается на закладоприемателя, который должен уплатить ее; и он не вправе зачесть раба вместо этой пени, так как не имеет власти передать кому-либо право собственности на него. Если закладоприематель уплатит весь штраф, то раб становится чистым, и по изглажении, таким образом, пятна преступления его (закладоприемателя) претензия продолжает существовать по-прежнему; но он не вправе требовать от закладодателя возмещения уплаченного штрафа, ибо преступление было совершено рабом.

находившимся в его владении (что составляет предмет ответственности)¹, а потому штраф за это преступление ложится на него.

Но если он откажется, они уплачиваются залогодателем, который ставит их в счет залогопринимателю при расчете по долгу. Если, однако, залогоприниматель возражает против платежа штрафа, то следует предписать залогодателю или уплатить штраф, или выдать взамен уплаты раба, ибо залогодатель есть собственник раба; а на залогопринимателя возлагалась обязанность платежа штрафа только по той причине, что его право связано с рабом (в силу залога), а не потому, что он в каком-либо отношении является собственником раба. Посему после его отказа с требованием уплаты штрафа обращаются к залогодателю как к собственнику раба; и в этом случае штраф заключается либо в уплате пени за кровь, либо в выдаче раба взамен ее. Если залогодатель изберет последний способ, то долг его залогопринимателю считается вполне погашенным, ибо выдача раба последовала вследствие совершенного им правонарушения во время нахождения во владении залогопринимателя, и потому он как бы утрачивается в его руках. Равным образом, если он изберет второй способ (уплату пени), то долг его погашается, потому что раб как бы утрачивается вследствие правонарушения, следовательно, обратное получение его лежало на обязанности залогопринимателя путем уплаты штрафа. Посему после уплаты этого штрафа залогодателем он как бы возмещает раба и, следовательно, имеет право на платеж со стороны залогопринимателя, ввиду чего долг считается уничтоженным. Другое дело, когда кто-либо заложит девушку-рабу, которая родит, находясь во владении залогопринимателя, ибо если дитя рабы убьет человека или повредит чье-либо имущество, то залогодатель в первом случае обязан выдать дитя для искупления убийства или вознаграждения причиненного им убытка, так как дитя не составляет для залогопринимателя предмета ответственности. И если дитя будет выдано взамен крови или имущества, то оно исключается из договора залога, но не вычитается из долга залогопринимателя; или если, с другой стороны, залогодатель уплатит штраф, то дитя остается в залоге со своею матерью, как и раньше.

Правило относительно долгов, возникших вследствие уничтожения заложенным рабом чужой собственности. Если заложенный раб уничтожит чье-либо имущество, равное или превышающее его стоимость, и залогоприниматель уплатит долг, возникший по вине раба, то претензия его к залогодателю продолжает существовать, как и раньше, так же, как если он уплачивает денежный штраф за совершенное рабом правонарушение. Однако в случае возражения с его стороны против платежа залогодатель приглашается или продать раба для погашения долга, или самому уплатить его. Если он изберет последний способ, претензия залогопринимателя погашается. Если, избрав последний способ, он продаст раба для погашения долга, то из цены раба сперва удовлетворяется лицо, потерпевшее убыток (так как его претензия имеет преимущество перед претензией залогопринимателя), а затем, если окажется остаток, следует установить, было ли

¹ Непосредственный владелец раба до известной степени ответствен за его поведение.

требование собственника имущества больше, равно или меньше требования залогопринимателя. Если оно равно или более требования залогопринимателя, то остаток цены составляет собственность залогодателя и долг его залогопринимателю считается погашенным, ибо после продажи раба для погашения долга, возникшего по вине его во время нахождения во владении залогопринимателя, случай здесь представляется таким же, как если бы он погиб во владении залогопринимателя. Если, напротив, требование собственника менее требования залогопринимателя, то требование последнего погашается только пропорционально уплаченной собственнику суммы, а остальное удерживается в залог вместо раба, ввиду чего, если срок платежа долга залогопринимателю наступил, он может взять упомянутую сумму в удовлетворение за долг; но если срок платежа еще не наступил, то он должен удержать таковую до наступления срока. Если, с другой стороны, случится, что цены раба будет недостаточно для удовлетворения долга собственнику, то последний может взять всю вырученную цену, не требуя ни с кого уплаты остального долга до тех пор, пока раб не станет свободным, ибо его право касается раба. И так как раб был продан для удовлетворения этого права, то удовлетворение оставшейся неуплаченной части его претензии отсрочивается до получения рабом свободы, после чего претензия может быть обращена к нему; и если раб по получении свободы уплатит остаток, то он не имеет ни к кому права обратного требования, так как то, что им уплачено, он был должен на основании собственного действия.

Если стоимость раба вдвое больше суммы долга, то наложенные по его вине штрафы уплачиваются равномерно обеими сторонами. Если кто-либо закладывает раба, оцененного в 2000 дарагимов, в обеспечение долга в 1000 дарагимов, и раб совершит правонарушение, то залогодатель и залогоприниматель должны уплатить штраф¹, ибо лишь половина раба составляет для залогопринимателя предмет ответственности, другая же половина есть поклажа, вверенная ему; согласно сему штраф за одну половину возлагается на него, а за другую — на залогодателя. Посему, если залогодатель намерен выдать раба в вознаграждение за ущерб и залогоприниматель согласится на это, то претензия его погашается. Если, напротив, стороны не согласны между собою (причем одна из них желает выдать раба в виде вознаграждения, а другая — уплатить штраф), то предпочтение отдается заявлению стороны, желающей уплатить штраф, будь это залогодатель или залогоприниматель, ибо, если залогоприниматель уплатит штраф, право залогодателя все-таки не уничтожается, между тем как залогодатель, выдав раба в вознаграждение за ущерб, уничтожил бы право залогопринимателя. Если залогоприниматель уплачивает штраф, то часть платежа, пропорциональная части раба, находящейся у него в виде поклажи, считается произведенною в виде дара (по той причине, что если бы он не уплатил штрафа, то уплата его осталась бы на обязанности залогодателя), а при таком положении дела он не имеет права требовать

¹ Это не значит, что каждый должен уплатить штраф, что значило бы уплатить его вдвойне; но что обязательство платежа лежит одинаково на обоих.

вознаграждения от залогодателя. Если, напротив, залогоприниматель откажется уплатить штраф и таковой будет уплачен залогодателем, то половина уплаченного ставится на счет залогопринимателя (то есть исключается из его претензии), ибо во всех случаях совершения заложенными рабами преступления претензия залогопринимателя считается погашенною после выдачи залогодателем раба или уплаты штрафа; и отсюда следует, что залогодатель, уплачивая штраф, не действует безвозмездно. Посему, так как половина штрафа должна быть уплачена залогопринимателем, то, если половина эта равна или больше его претензии, вся его претензия погашается; если она меньше, то погашается пропорциональная часть, в то время как раб удерживается в закладе в обеспечение остальной части претензии.

Душеприказчик умершего залогодателя может продать заложенную вещь и погасить долг с согласия залогопринимателя. Если залогодатель умрет, то его душеприказчик уполномочен продать заложенную вещь и погасить долг, если только он получит согласие залогопринимателя, ибо душеприказчик представляет залогодателя и имеет власть, которая принадлежала последнему при жизни. Но если залогодатель умрет, не оставив душеприказчика, то казий обязан назначить кого-либо для исполнения обязанности душеприказчика, так как на нем лежит забота об охране прав тех лиц, которые сами не в состоянии охранять их, каковая цель достигается назначением душеприказчика, который может погашать долги умершего и получать платежи по его претензиям на других лиц.

Душеприказчик не может закладывать вещей умершего кому-либо из кредиторов его. Если душеприказчик закладывает часть вещей умершего одному из его кредиторов, то это незаконно и другие кредиторы могут принудить его взять заклад обратно, ибо душеприказчик, не имея права удовлетворять одних кредиторов и устранять других, не имеет, следовательно, и права давать заклад одним из них, так как в результате заклад представляется действительным платежом. Посему, если душеприказчик в то же время удовлетворит претензии других кредиторов, то учиненный им ранее заклад действителен, так как, удовлетворяя других кредиторов, он устраняет препятствие к его законности.

За исключением случая, когда существует только один кредитор. Но если умерший оставил только один долг, то душеприказчик вправе заложить часть вещей в обеспечение его, ибо он вправе отдать часть вещей в уплату долгов умершего, следовательно, может отдать часть их в заклад; и если затем он продаст заложенные вещи для уплаты долга, то это законно, потому что ввиду законности продажи незаложенных вещей умершего для уплаты его долгов следует признать законною и продажу для той же цели заложенных вещей его.

Он может получать заклады в обеспечение претензий умершего. Если душеприказчик получает заклад в обеспечение претензии умершего, то это законно, ибо взятие заклада равносильно получению платежа; а душеприказчик обязан получать платежи по претензиям умершего.

Раздел

Виноградный сок, превратившийся в вино, а затем в уксус, все-таки остается в залоге. Если кто-либо заложит в обеспечение долга в десять дарагимов известное количество виноградного сока той же стоимости и сок этот превратится в вино, а затем в уксус, причем стоимость этого уксуса будет также равняться десяти дарагимам, то он остается в залоге в обеспечение долга в десять дарагимов, ибо то, что может быть продано, может быть и заложено, так как в обоих случаях требуется обладание предметом известной ценности; а вино, хотя сперва и не имеет надлежащего качества для продажи, затем приобретает его. Ввиду чего, если кто-либо покупает виноградный сок, который превратится в вино до передачи его покупщику, то договор продажи все-таки не расторгается; но покупатель может или остаться при сделке, или отказаться от нее, ибо купленный им предмет, изменившись, является как бы поврежденным.

Заложная вещь, испорченная в части, остается в залоге в отношении остальной части. Если коза, оцененная в десять дарагимов и заложная в долг в такой же сумме, околеет, а кожа ее будет сохранена, причем стоимость последней будет определена в один дирхам, то она остается в залоге как обеспечение соответствующей части долга. Так как договор залога завершается вследствие уничтожения заложной вещи (ввиду достижения цели договора — платежа долга), то отсюда следует, что когда часть залога продолжает существовать, то договор остается в силе пропорционально этой части. Другое дело, когда коза, будучи продана, околеет до вступления покупщика во владение ею, а кожа ее будет сохранена: в этом случае договор недействителен (то есть не существует даже в отношении кожи), потому что продажа становится ничтожною и совершенно устраняется вследствие уничтожения предмета ее до передачи покупщику; а при таком положении дела она не может быть восстановлена в отношении кожи.

Всякое приращение к заложной вещи удерживается в залоге вместе с нею. Всякого рода приращение к заложной вещи после совершения договора (каковы молоко, плоды, шерсть или приплод) принадлежит залогодателю как произведение его собственности; но, тем не менее, оно удерживается в залоге совокупно с заложною вещью, ибо ветви составляют принадлежность ствола, а договор залога, будучи по природе своей обязательною сделкою, распространяется на все его ветви. Если, однако, это приращение будет уничтожено в руках залогопринимателя, то он не ответствен за это, потому что никакая часть долга не обеспечена этим приращением, которое первоначально не было включено в договор, так как предложение и принятие, посредством которых заключается договор, не относились к приращению и не заключали в себе таковое. Если, напротив, первоначальный заклад будет уничтожен, а приращение к нему останется, то залогодатель обязан выкупить его уплатою пропорциональной стоимости; то есть долг должен быть разделен пропорционально стоимости первоначального залога в момент заключения сделки и стоимости приращения в момент выкупа его; и часть, соответствующая первоначальному залому, после утраты его считается уничтоженною; а часть, соответствующая при-

рашению, остается в долгу и должна быть уплачена залогодателем для выкупа приращения¹. (Этим правилом разрешается масса разных случаев, из которых некоторые приведены в «Кафайатал-Мунтаки»; полное же перечисление их находится в «Джами-ус-Сагире» и «Зиадате»).

Закладодержатель, пользующийся произведениями заложенной вещи с разрешения залогодателя, не обязан возмещать стоимость потребленного им. Если лицо, заложившее козу, пожелает, чтобы залогоприниматель доил ее, разрешая ему в то же время пользоваться молоком в каком угодно количестве, то залогоприниматель не обязан возмещать стоимость потребленного им молока, и претензия его, вследствие такого пользования, не уменьшается, так как он пользовался молоком по просьбе залогодателя. Если коза околеет до выкупа, находясь во владении залогопринимателя, то претензия его должна быть разделена на две части — пропорционально стоимости козы и молока; и часть, соответствующая стоимости козы, считается погашенной, в то время как другая часть, соответствующая стоимости молока, остается в долгу за залогодателем, ибо, хотя молоко составляло собственность залогодателя, но так как залогоприниматель воспользовался им по его желанию, то случай здесь представляется таким же, как если бы залогодатель сам взял и уничтожил таковое. Посему залогоприниматель не ответствен за молоко и (если коза околеет) претензия его остается в силе в части, соответствующей стоимости молока. То же правило применяется в отношении приплода козы, который залогоприниматель употребит в пищу по желанию залогодателя, и вообще в отношении всякого приращения к заложенной вещи после заключения договора.

Заклад может быть увеличен, но не долг. Увеличение залога законно, по мнению всех наших ученых; например, если кто-либо, заложив раба за долг в 1000 дарагимов, даст рабу платье для удержания такового в залоге в обеспечение того же долга, то присоединение, сделанное таким образом к первоначальному залому, законно, и платье включается в договор. Случай здесь представляется в таком виде, как если бы раб и платье заложены были вместе с самого начала. С другой стороны, увеличение долга, в обеспечение которого взят заклад, незаконно (по имамам Абу Ханифе и Мухаммаду), то есть заложенная вещь, обеспечивающая известный долг, не обеспечивает приращения к нему. Абу Юсуф полагает, что оба долга погашаются. Упомянутое здесь приращение к залому называется зиадатель-кузы, или намерен-

¹ Так как это несколько темно, то не лишне будет разъяснить изложенное правило на примере. Предположим, что долг равняется 100 дарагимам, первоначальный заклад оценен в 100 дарагимов, а приращение — в 50; в этом случае первоначальный заклад и приращение его, стоимостью в 150 дарагимов, обеспечивают долг в 100 дарагимов. Далее, для того, чтобы узнать отношение первоначального залога и приращения ко всему долгу, следует помножить последний на стоимость первоначального залога и разделить произведение на стоимость обоих (первоначального долга и приращения): делимое покажет отношение первоначального залога; после чего тот же расчет должно произвести и отношении приращения. Расчет этот представится в таком виде:

$$(100 \times 100) : 150 = 66 \frac{2}{3} \text{ отношение первоначального залога.}$$

$$(100 \times 50) : 150 = 33 \frac{1}{3} \text{ отношение приращения.}$$

ное приращение¹, и долг должен быть разделен пропорционально стоимости первоначального залога в момент заключения договора и стоимости приращения в день передачи его. Посему, если в этот день стоимость приращения равнялась 500 дарагим, стоимость первоначального залога в момент заключения договора — 1000 дарагимов, и самый долг — такой же сумме, то долг делится на три части, из которых две обеспечиваются первоначальным залогом и одна — приращением к нему. В той же пропорции долг погашается в случае гибели залога или приращения в руках залогопринимателя.

Случай приращения к заложенной рабе. Если кто-либо в обеспечение долга в 1000 дарагимов заложит рабу такой же стоимости, которая затем родит ребенка, оцененного также в 1000 дарагимов, после чего залогодатель увеличит залог, прибавив к нему раба стоимостью в 1000 дарагимов (сказав залогопринимателю: «Я присоединил этого раба к ребенку заложенной рабы»), то раб заложен только совокупно с ребенком. Посему, если ребенок впоследствии умрет, раб не считается более в залоге, так что залогодатель может отобрать его от залогопринимателя без вознаграждения его. Равным образом, если раб умрет или будет утрачен, залогоприниматель за это не отвечает. Если, с другой стороны, умрет мать, долг подлежит разделу пропорционально стоимости ее в момент заключения договора и стоимости ребенка в день выкупа; и так как раб был присоединен исключительно к ребенку, то падающая на последнего доля должна быть разделена между ним и рабом пропорционально стоимости их, чтобы на случай смерти одного из них это могло быть поставлено на счет долга. Если, напротив, залогодатель присоединит раба к матери (сказав залогопринимателю: «Я поместил его совокупно с нею для увеличения залога»), то долг обеспечивается пропорционально стоимости матери и раба в момент передачи каждого из них залогопринимателю, и из суммы, обеспечиваемой стоимостью матери, пропорциональная часть отделяется на долю ребенка, ибо залогодатель, поместив раба совокупно с матерью, как бы соединил его с основным соглашением, ввиду чего ребенок лишь включается в долю матери.

Случай передачи в залог одного раба взамен другого. Если кто-либо заложит раба, стоящего 1000 дарагимов, в обеспечение долга в такой же сумме, а затем даст залогопринимателю другого раба той же стоимости для удержания вместо первого, то первый раб считается в залоге до тех пор, пока залогоприниматель не возвратит его залогодателю с намерением уничтожить последовавшее относительно его соглашение, ибо второй раб составляет в его руках лишь поклажу, пока он надлежащим образом не заменит первого, так как этот последний составляет предмет ответственности для залогопринимателя только потому, что им обеспечивалась его претензия. А так как и владение рабом, и долг продолжают существовать, то раб остается предметом ответственности, пока владение им формально не прекратится; и при таком положении вещей залогоприниматель не ответствен за второго раба, потому что стороны имели в виду возложить на залогопринимателя ответственность лишь

¹ В отличие от случайного приращения вследствие рождения, произрастания и т.п.

за одного из них; но после возвращения им залогопринимателю первого раба он становится ответственным за второго.

Залогоприниматель по освобождении залогодателя от долга не ответствен за заложенную вещь. Если залогоприниматель освобождает залогодателя от долга или предоставляет ему таковой в виде дара, а затем заложенная вещь погибнет в его (залогопринимателя) руках, то он не ответствен за это, по мнению всех наших ученых, основанному на благоприятном толковании закона, в противоположность мнению имама Зуфара. Основания к благоприятному толкованию закона — двоякого рода. Во-первых, заложенная вещь составляет предмет ответственности при двух условиях: одно — чтобы оно действительно находилось во владении залогопринимателя и другое — чтобы ею обеспечивался долг существующий или сумма, обещанная кому-либо другому. Но вознаграждение за заложенную вещь при действительном существовании долга делается таким образом, что если залог будет утрачен в руках залогопринимателя, его претензия считается погашенною, если только стоимость залога равна сумме долга; между тем как в случае обещанной суммы вознаграждение производится, при утрате залога в руках залогопринимателя, путем принуждения его выдать залогодателю обещанную сумму; а когда залогоприниматель освобождает залогодателя от долга или предоставляет ему таковой в дар, не достает второго условия, потому что не существует долга. Во-вторых, залогодатель, передавая залог кредитору, имеет, между прочим, в виду, чтобы в случае утраты залога он был освобожден от дальнейшей к нему претензии; но когда залогоприниматель освобождает его от долга, а затем залог погибнет в его (залогопринимателя) руках, то намерение залогодателя представляется осуществленным и посему залогоприниматель не ответствен за вещь (если только, освободив залогодателя от долга, он не отказывается возратить залог и не препятствует залогодателю взять его обратно, ибо, если заложенная вещь будет утрачена, он ответствен за стоимость ее, так как, препятствуя обратному получению залогодателем вещи, он становится незаконным владельцем ввиду того, что ему уже не принадлежит власть противиться получению залогодателем своей вещи). Равным образом, если женщина получит залог от своего мужа в обеспечение выговоренного приданого, а затем освободит его от платежа такового или станет вероотступницей до совершения брачного акта и заложенная вещь погибнет в ее руках, то она не ответственна за нее, так как отказалась от права на приданое (как и в случае долга).

Если заложенная вещь погибнет в его руках после получения им платежа долга, то он должен возратить полученное им, и долг считается погашенным. Если залогоприниматель получит платеж долга от залогодателя или от постороннего лица в виде дара и затем заложенная вещь погибнет в его владении, то долг погашается, и он обязан возратить то, что им получено, лицу, уплатившему долг, залогодателю или постороннему лицу, ибо владение залогопринимателя равносильно получению платежа в случае утраты заложенной вещи; и в настоящем случае по уничтожении заложенной вещи залогоприниматель считается получившим платеж с момента принятия им залога. И так как после того он не имеет права на вторичный платеж, а платеж, полученный им раньше, фактически является вторым, то он подлежит возвра-

ту. Словом, платеж по претензии залогопринимателя, пока он владеет заложенной вещью, не имеет места и приостанавливается до возвращения вещи залогодателю. При таком положении вещей залогодатель в течение этого времени не освобождается от долга; и после гибели заложенной вещи в руках залогопринимателя владение ею, при таких обстоятельствах, фактически является платежом, а другой платеж, полученный во время владения залогом, считается недействительным и устраняется, ибо иначе имел бы место двойной платеж, ввиду чего он должен возвратить деньги, полученные в платеж. И если бы он не возвратил их, то цель залогодателя была бы уничтожена.

Равно как и в случае мирового соглашения относительно долга. Если залогоприниматель покупает известный предмет у залогодателя за его долг или получит за этот долг, по мировому соглашению, какой-либо предмет, а затем залогодатель погибнет в его руках, то он ответствен и потому может быть принужден возвратить предмет, который получил по купле или по мировому соглашению, ибо овладение этим предметом в обоих случаях равносильно принятию платежа; следовательно, если он не возвратит его, окажется двойной платеж, как и в предыдущем случае.

Или если залогодатель (с его согласия) совершит перевод долга на другое лицо. Если залогодатель переводит свой долг залогопринимателю на другое лицо (например, на Заиду), которое соглашается уплатить его, и залогоприниматель, согласившись на перевод, освободит залогодателя от долга, а затем заложенная вещь погибнет в его руках, то перевод становится недействительным и претензия залогопринимателя уничтожается. Хотя в силу перевода залогодатель освобождается от дальнейшего участия в деле, но это освобождение равносильно действительному платежу, так как сумма, платеж которой он перевел на третье лицо, в результате уплачивается им, ибо перевод сделан в силу существования претензии переводчика в равном сумме на этом третьем лице, ввиду чего платеж производится собственно им; или, если третье лицо ничего не было должно ему, то залогодатель все-таки должен впоследствии уплатить ему, что им израсходовано по переводу, ибо он действовал в качестве представителя залогодателя.

Если заложенная вещь будет утрачена после того, как стороны согласятся в том, что никакого долга не существовало, то факт этот считается равносильным погашению предполагавшегося долга. Если кто-либо залогодатель другому лицу вещь, а затем обе стороны станут утверждать, что никакого долга между ними не существовало, и заложенная вещь погибнет в руках залогопринимателя, то за это отвечает долг; другими словами, долг, в обеспечение которого вещь была заложена, погашается, ибо здесь существует еще возможность установления долга путем последующего соглашения сторон о том, что долг существовал, ввиду чего станет возможным и требование платежа — обстоятельство, немислимое в случае освобождения от долга.

КНИГА XLIX

О ДЖИНАЯТЕ, ИЛИ ПРЕСТУПЛЕНИЯХ ПРОТИВ ЛИЧНОСТИ

Определение джинаята. Джинаят на языке закона означает запрещенный акт, совершенный над личностью или имуществом; в судебной практике этим словом обозначается тот запрещенный акт, совершенный над личностью, который называется убийством, или над частью тела, называемый нанесением ран или увечья.

- Глава I. Введение.
- Глава II. О том, что даст повод к возмездию.
- Глава III. О возмездии, не доходящем до лишения жизни.
- Глава IV. О доказательствах в случаях убийства.
- Глава V. Об обстоятельствах, при которых имеет место убийство.

(Эта книга, относящаяся к уголовному кодексу, здесь пропущена.)

КНИГА I

О ДИЙЯТЕ, ИЛИ ПЕНЯХ

Определение дийята. Дийят есть множественное число от дийт, что означает пеню, налагаемую за какое-либо правонарушение.

Глава I. Введение.

Глава II. О заграждении общественной дороги.

Глава III. О правонарушениях, совершенных животными или над ними.

Глава IV. О правонарушениях, совершенных рабами или над ними.

Глава V. О правонарушениях, совершенных находящимися в незаконном владении рабами или малолетними во время незаконного владения.

Глава VI. О киссамате, или приводе к присяге.

Глава I

ВВЕДЕНИЕ

Эта глава пропущена как относящаяся к уголовному кодексу.

Глава II

О ЗАГРАЖДЕНИИ ОБЩЕСТВЕННОЙ ДОРОГИ

Строения, возведенные на общественной дороге, или строительный материал, сложенный на ней, могут быть удалены всяким желающим. Если кто-либо построит баню, или выроет канал, или возведет стену, или сложит строительный материал, или поставит лавку на общественной дороге, то всякое другое лицо, каково бы ни было его общественное положение, вправе снести таковые и удалить их, ибо каждый имеет право на свободный проход по такой дороге для себя и для своего скота. Здесь то же самое, как если бы постороннее лицо возвело строение на земле, составляющей общую собственность, в каковом случае каждый из совладельцев вправе снести строение. В рассматриваемом случае устранение разрешается каждому, так как все одинаково являются соучастниками в праве пользования дорогою; но, однако, можно пользоваться банею, каналом и т.д., когда это не сопряжено с вредом для общества;

отсюда следует, что если только нет вреда для общества, препятствовать кому-либо относительно вышепоименованного значило бы делать напрасные стеснения.

Они не могут быть возведены в закрытом переулке без согласия обитателей его. Обитатель переулка не вправе выстроить в нем баню, провести ров и т.п. без согласия других обитателей, независимо от того, сопряжена ли постройка с вредом для них или нет, ибо переулок фактически составляет их собственность (ввиду чего право шифат на дом в переулке принадлежит им всем), и потому согласие их необходимо. Относительно общественной дороги частное пользование разрешается всем безразлично, за исключением случаев, когда это окажется вредным; и так как невозможно получить согласие каждого члена общества, то каждый считается собственником для того, чтобы право пользования его не было совершенно разрушено. Не то в отношении закрытого переулка: здесь возможно получить согласие всех обитателей его и потому права соучастия соблюдаются в полном объеме относительно каждого соучастника.

Лицо, возводящее постройку и т.п. на общественной дороге, подлежит штрафу. Если кто-либо возведет постройку на общественной дороге, как упомянуто выше, и она упадет и уничтожит что-либо, то акилы этого лица обязаны уплатить пеню, ибо оно является виновником гибели и совершило правонарушение, возведя постройку на таком месте; а лицо, являющееся причиной гибели, ответственно, если совершило какое-либо правонарушение, как в случае вырытия канала на большой дороге. То же правило применяется, когда строение рухнет и убьет человека или животное.

Если кто-либо споткнется о развалины такого строения и упадет на другого человека и оба убьются, то лицо, возведшее строение, ответственно за обоих, а тот, кто упал на другого, ничего не должен, ибо строитель является первоначальной причиной происшествия.

Случай смерти, причиненной падением трубы. Если водосточная труба, проведенная от дома над общественной дорогою, упадет на кого-либо и убьет его, то следует установить, какую часть трубы лицо это убито; и если окажется, что оно убито частью, ближайшею к дому, то лицо, проведенное трубу, не платит никакого штрафа, ибо в отношении этой части оно не является правонарушителем, так как она находится в его владениях; но если окажется, что лицо это было убито противоположным концом, то лицо, проведенное трубу, ответственно, ибо в отношении этой части оно является правонарушителем, выдвинув ее над дорогою, когда можно было бы с таким же удобством пристроить ее так, чтобы она вовсе не выделялась над дорогою. (Следует заметить, что лицо, проведенное трубу, не подлежит наказанию и не лишается наследства, ибо оно является не непосредственным совершителем, а виновно лишь в убийстве посредственно). Если окажется, что умерший был убит обоими концами трубы, то строитель ее ответствен за половину штрафа, а другая половина падает; так же, как если кто-либо ранен другим лицом и одновременно львом или тигром и умрет: в этом случае лицо, нанесшее рану, обязано уплатить лишь половину штрафа. Если не может быть обнаружено, какую часть трубы убит умерший, то уплачивается также половина штрафа, ибо происшествие могло случиться одним из двух способов, в од-

ном из которых подлежит платежу весь штраф, а в другом — ничего не подлежит, и посему сообразно обоим обстоятельствам налагается половина штрафа.

Лицо, сделавшее пристройку на своем доме, ответственно за всякий происшедший от того вред даже после продажи им дома. Если кто-либо построит балкон, выдающийся над его домом, затем продаст этот дом и балкон упадет и убьет кого-либо; или если кто-либо поставит строительный материал на большой дороге, затем продаст его и передаст покупщику, последний освободит его от всякой ответственности за случайности, могущие произойти от этого материала и оставит таковое на дороге до тех пор, пока он не рухнет и не убьет кого-либо, то в обоих этих случаях ответствен продавец, а не покупатель, ибо акт продавца (постройка балкона или склад материала) не устраняется передачею права собственности другому лицу. А так как подобный акт влечет за собою ответственность, то, следовательно, ответствен он, а не покупатель, не совершивший действия, влекущего ответственность.

Лицо, разводящее огонь на большой дороге, ответственно за все сгоревшее от того. Если кто-либо разводит огонь на большой дороге и от того огня что-либо будет сожжено, то он, как совершивший правонарушение, ответствен за убыток. Если, однако, после разведения огня на большой дороге ветер занесет его на другое место и что-либо будет сожжено, то он не ответствен. Некоторые, правда, говорят, что если огонь был разведен при сильном ветре, то он ответствен, потому что развел огонь несмотря на то, что знал о возможных последствиях сего; а посему действие ветра, занесшего огонь в другое место, фактически представляется таким же, как если бы он сам развел огонь в сожженном месте.

Рабочие, делающие постройку, ответственны за всякий вред, происшедший от того до окончания работы. Если кто-либо нанимает рабочих для постройки балкона или навеса и последние упадут и убьют кого-либо до окончания работы, то ответственность всецело падает на рабочих, ибо убийство было последствием их действий; и пока они продолжают работу, балкон или навес не считаются переданными наемщику. Действие их рассматривается как лишение жизни человека, и они должны совершить искупление за это. И так как наниматель их нанял не для убийства кого-либо, а для постройки, то происшествие не имеет отношения к договору найма, но относится к одним рабочим, ввиду чего и ущерб падает на них одних как последствие их действия. Если, напротив, балкон или навес упадут после окончания работы, то ответствен домохозяин, по благоприятному толкованию закона, ибо договор найма исполнен вполне, так что рабочие получают право на вознаграждение. Посему их действие переносится на наемщика, который, следовательно, находится в таком же положении, как если бы сам совершил работу; и посему он ответствен.

Лицо, льющее воду на большую дорогу, ответственно за могущие произойти от того случайности. Если кто-либо льет воду на большую дорогу, намеренно или при совершении омовения, последствием чего будет гибель человека или животного, то акилы этого лица должны уплатить пеню за человека или он сам должен уплатить вознаграждение за животное, потому что он виновен в правонарушении, последствия которого вредно отразились на проходящих по дороге. Другое дело, когда вода пролита в закрытом переулке одним из обитателей, последствием чего будет гибель челове-

ка или животного, или если обитатель такого переулка поставит в середину его какой-либо предмет, через который упадут человек или животное, последствием чего будет смерть их. Ни в одном из этих случаев лицо, пролившее воду или поставившее предмет, не ответственно, так как каждый обитатель закрытого переулка вправе, в силу своего жительствова в нем, совершать такие действия, как и в доме, составляющем общую собственность. Законоведы замечают, что сказанное здесь относится к тому случаю, когда вода на дорогу пролита в большом количестве, так что путешествие пешком становится опасным; но если вода пролита в незначительном количестве, не грозящем опасностью, то нет никакой ответственности.

Если лицо, потерпевшее вред, не прошло намеренно по воде. Если кто-либо сознательно и намеренно отправится по дороге, на которую пролита вода, как сказано выше, и погибнет вследствие падения в нее, то лицо, пролившее воду, не обязано ничем, потому что здесь умерший погиб по собственной вине или упрямству. Некоторые, однако, замечают, что это правило применяется, когда вода пролита на часть дороги, потому что другая часть остается не покрытой ею; между тем, если она занимает всю дорогу, прохожие не имеют выбора.

Лицо, направляющее воду, предназначенную для поливки, на дорогу, ответственно за случайности. Если хозяин лавки прикажет кому-либо полить водою место перед нею и другое лицо упадет в воду и погибнет, то ответственность остается на том, кто отдал приказ (хозяин лавки), по благоприятному толкованию (равно как и в том случае, когда хозяин лавки нанимает рабочего для постройки конюшни или другого строения перед лавкою и по окончании постройки кто-либо упадет на нее и убьется), потому что приказ, отданный хозяином лавки, вполне законный, так как право его на черту земли перед лавкою выше права всякого другого лица; и посему действие лица, которому он отдал приказ, должно быть приписано ему самому. Другое дело, когда одно лицо приказывает другому лить воду или возвести постройку на общественной дороге: в этом случае ответственность остается на том, кто повинуется приказу, который является незаконным, так как лицо, давшее приказ, не имело права на общественную дорогу.

Случай прорытия рва или наложения камня на общественной дороге. Если кто-либо выроет ров или положит камень среди общественной дороги, последствием чего будет гибель человека, то акилы лица, преградившего таким образом дорогу, должны уплатить пеню. Если, напротив, погибнет животное, то вознаграждение за него уплачивается из имущества упомянутого лица, ибо оно виновно в правонарушении и потому ответственно за всякий проистекающий из того вред; а так как акилы причастны только к правонарушениям против личности, то отсюда следует, что в случаях правонарушения против имущества ответственность ложится исключительно на правонарушителя.

Свалка навоза или рытье ямы на общественной дороге равносильно положению на ней камня. Свалка мусора или земли на общественной дороге или вывоз с нее земли так, что образуется яма, равносильны помещению на ней камня или бревна, по причинам, изложенным выше. Другое дело, когда кто-либо только подметает дорогу: в этом случае оно не ответственно, так как действие это не создает преград, а скорее

уничтожает их. Если, однако, лицо это оставит сметенное в кучу на дороге, отчего произойдет несчастье, то оно ответственно, так как, действуя таким образом, оно виновно в правонарушении.

Лицо, перенесшее преграду на другое место, ответственно за всякий могущий произойти от него впоследствии вред. Если кто-либо положит камень на общественную дорогу, а второе лицо перенесет камень на другое место дороги, последствием чего будет гибель человека, то ответственность падает на лицо, перенесшее камень, потому что действие первого лица устранено в последствиях своих по снятии камня с первоначального места и помещении его на другом действием второго лица, которое и ответственно за последствия.

Нет ответственности за случай от выгребной ямы, устроенной на большой дороге общественной властью. В «Джами-ус-Сагире» сказано, что если кто-либо устраивает общую выгребную яму на большой дороге по приказанию или понуждению султана, то он не ответствен за последствия. Устраивая выгребную яму, он не совершил правонарушения, а действовал по приказанию султана, имеющего высшую власть во всех вопросах публичного права. Другое дело, когда кто-либо поступит так без приказания: в этом случае он ответствен как правонарушитель, вторгаясь в публичное право без достаточного полномочия. Следует, заметить, что это различие имеет место во всех случаях действий относительно большой дороги, равно как и во всех других случаях.

Лицо, роющее канаву на своей земле, не ответственно за причиненную от того кому-либо смерть. Если кто-либо роет канаву на своей земле и другое лицо будет убито вследствие падения в нее, то хозяин канавы не ответствен, так как он не совершил правонарушения. То же правило применяется, когда кто-либо роет канаву в пределах своего дома, так как каждый имеет на то право для своего домашнего удобства. Некоторые говорят, что это правило в отношении к канаве, вырытой в черте дома, применимо только к случаям, когда домовладелец имеет или право собственности на землю в этой черте, или сервитутное право рыть в этой земле; но если земля эта составляет общественную собственность или общую (как, например, двор или закрытый переулок), то лицо, вырывшее канаву, ответственно, так как, вырыв канаву при таких условиях, оно виновно в правонарушении. Это общепринято.

Если кто-либо упадет в ров и там умрет с голода, то это не служит основанием к ответственности. Если кто-либо роет канаву или ров на большой дороге и другое лицо упадет в этот ров и погибнет там с голода, то лицо, вырывшее ров, не ответственно, по Абу Ханифе, потому что упавший в ров умер здесь с голода, а не вследствие вырытия ямы, и смерть его не может быть приписана последнему обстоятельству, если упавший не убит вследствие падения, чего в данном случае нет.

Рабочие, поставленные вырыть канаву на чужой земле, не ответственны за случайности, если они не знали о правонарушении. Если кто-либо наймет рабочих вырыть канаву в черте жительства своего соседа, что они и исполнят, и падением в эту канаву будет убит человек, то ответственность падает на нанимателя, а не на рабочих, если только они рыли канаву в том предположении, что место это находится в черте владений их нанимателя, ибо договор найма, заключенный по неведению, законен

и действителен по форме, и их действия приписываются нанимателю, так как сами они действовали под влиянием обмана. Случай здесь фактически тот же, как если бы кто-либо приказал другому лицу зарезать «такую-то козу», что и было бы исполнено, а затем оказалось бы, что коза составляла чужую собственность, в каком случае вознаграждение уплачивается лицом, давшим приказание. Другое дело, когда рабочие рыли канаву, зная, что место работы не находится в черте владений нанимателя: в этом случае они ответственны, так как договор здесь недействителен по форме ввиду того, что они не были введены в заблуждение.

Строитель частного моста и т.п. не ответствен за случай, имевший последствием лишение жизни проходивших по мосту. Если кто-либо построит мост или положит доску на большой дороге (над потоком) без разрешения власти и другое лицо, добровольно переходящее по такому мосту или доске, упадет и погибнет, то лицо, построившее мост или положившее доску, все-таки не ответственно. Хотя оно и создало причину, но так как погибший был добровольным деятелем и своим собственным действием совершил правонарушение¹, то гибель его приписывается ему самому. Когда приходит действие другого лица, имеющего возможность воздержаться от такового, то это снимает ответственность с первого деятеля; как, например, когда кто-либо роет канаву на большой дороге и другое лицо даст кому-либо толчок, вследствие чего последний упадет в канаву и убьется, то ответственность падает на того, кто толкнул, потому что его действие, как акт добровольного деятеля, препятствует отнесению ответственности на лицо, вырывшее канаву.

Носильщик ответствен за случайности, происшедшие от его ноши. Если кто-либо несет тяжесть на большой дороге и тяжесть эта упадет на кого-либо и убьет его или упадет на дорогу, а проходящий спотыкнется о нее и убьется, то ответственность падает на носильщика; но если кто-либо носит на большой дороге плащ и таковой упадет на кого-либо или на дорогу и причинит смерть, то носитель его не ответствен. Разница состоит в том, что обязанность носильщика состоит в заботе о своей ноше, а потому ограничение свободы ношения условием безопасности не составляет для него тягости; между тем как дело носителя плаща состоит не только в заботе о своем платье, но и в ношении его; и так как ограничение его права пользования платьем условием безопасности составляло бы для него тягость, то пользование платьем для него не ограничено какими-либо условиями, а разрешено вообще.

Постороннее лицо, вешающее лампу в мечети или посыпающее в ней песок, ответственно за все случайности, могущие произойти от того. Если кто-либо вешает лампу, стелет ковер или насыпает песок в мечети, принадлежащей известному племени или народу, и оттого кто-либо погибнет, то ответственности нет, если только лицо, вешавшее лампу и т.д., принадлежит к тому народу; если постороннее лицо производит одно из этих действий, то оно ответственно. Если лицо, принадлежащее к тому народу, сидит в мечети и вследствие того кто-либо погибнет, то лицо это не ответственно, если только оно в то время совершало молитву; но если оно занято чтением

¹ (Вероятно) как лицо, перешедшее по мосту и т.п. без позволения строителя его.

ем Корана, или обучением, или находится в ожидании молитвы, или спит (при молитве или в другое время), или разговаривает, то оно ответственно. Основание закона в первом случае заключается в том, что, так как все управление мечетью, каковы назначение имама или смотрителя, открытие и закрытие дверей и т.д., принадлежит исключительно этому народу, а не другим, то действия лиц, принадлежащих к этому народу, представляются безразличными и не ограничены условием безопасности; но действия всех других лиц в этом отношении представляются или правонарушительными, или допустимы под условием безопасности; а благочестивое намерение не устраняет ответственности, когда лицо находится в заблуждении относительно истинного благочестия. Основание закона во втором случае то, что мечеть предназначается преимущественно для молитвы, относительно которой чтение Корана, обучение и т.п. являются как бы только дополнением; а так как необходимо различать главное от принадлежности, то акт молитвы (составляющий главное) разрешается вообще, без ограничения условием безопасности, между тем как все другие акты или занятия поставлены в зависимость от этого условия.

Но оно не ответственно за случайности, происшедшие от его собственной личности. Если человек, посторонний тому народу, которому принадлежит мечеть, совершает в ней молитву и кто-либо упадет через него и убьется, то постороннее лицо не ответственно. Мечеть построена для молитвы; и хотя право совершать публичную молитву принадлежит только тому народу, но каждый вправе совершать там молитву один.

Раздел. О постройках, грозящих падением

Владелец ветхой стены ответствен за всякую случайность, происшедшую от нее, после получения им надлежащего предупреждения и требования о срытии ее. Если принадлежащая кому-либо стена наклонится на сторону большой дороги и кто-нибудь потребует от собственника срыть ее и призовет свидетелей своего требования, а собственник не срывает ее, пока она не упадет и не причинит вреда человеку или имуществу, то собственник ответствен за убытки, по благоприятному толкованию. По аналогии следовало бы признать его неответственным (и таково учение имама Шафии), ибо он сам не совершил разрушения и не учинил правонарушения, последствием которого явилось разрушение, так как построил стену в пределах своего права, а расшатание ее ветром не составляет его действия. Случай здесь представляется таким же, как если бы стена упала до обращения к собственнику ее требования при свидетелях, как упомянуто выше. Однако основания к более благоприятному толкованию закона в данном случае двоякого рода. Во-первых, после наклонения стены на сторону большой дороги сообщение прерывается и дорога занимает имущество собственника стены. Посему, когда кто-либо обращается к нему с требованием очистить пространство, то он обязан сделать это и виновен в правонарушении, если не сделает этого, и потому ответствен за могущий произойти вред; так же, как если кто-либо увидит свое платье на другом и потребует его: если последний откажется возвратить платье, то он виновен в правонарушении и, следовательно, ответствен за платье, если оно будет утрачено в его владении. Во-вторых, если бы собственник

стены не отвечал за вред от падения ее, то он не заботился бы об удалении преграды, что составляло бы несправедливость относительно прохожих, которые боялись бы проходить мимо этого места ввиду возможности падения стены. Кроме того, устранение предмета, вредного для общества, составляет обязанность собственника этого предмета; а так как собственник стены непосредственно заинтересован в этом случае, то он обязан снести стену, хотя бы это было для него убыточно, ибо частный интерес должен уступить общественной пользе. Однако требуется, чтобы дан был такой срок, в течение которого собственник мог бы снести стену, так как иначе не может быть установлено правонарушение со стороны собственника, заключающееся в неудалении стены или промедлении. Если (после требования снести стену) кто-либо будет убит падением ее, то акилы собственника должны уплатить пеню, а не он сам, ибо правонарушение здесь еще меньше, чем при лишении жизни по несчастной случайности, и тем более допускается смягчение, чтобы собственник не пострадал слишком сильно; но если будет уничтожено имущество (например, животное или домашние вещи), то вознаграждение за него должно быть уплачено собственником стены, так как ответственность за имущество не касается акила. Следует заметить, что обращение (то есть требование о сношении стены) составляет условие ответственности, но не призыв свидетелей, ибо последний требуется только для установления первого, на случай, если собственник стены станет отрицать факт обращения к нему, и потому делается лишь из предосторожности. Обращение делается в следующих словах, обращенных к собственнику стены: «Твоя стена стала опасна, поэтому ты должен срыть ее, чтобы она не причинила вреда»; а призыв свидетеля делается в следующих словах, обращенных к присутствующим: «Будьте свидетелями того, что я требовал от этого лица срыть его стену». Нелишне, однако, заметить, что призыв свидетелей до того времени, как стена станет ветха и искривлена, недействителен, так как до того времени не может быть установлено правонарушение.

Лицо, возводящее кривую стену, ответственно за вред, причиненный ее падением. Лицо, строящее стену на большой дороге, наклоненную над нею, как замечают законоведы, ответственно за все разрушенное ее падением, независимо от предшествующего требования об удалении ее, так как оно совершило правонарушение при постройке ее, подобно лицу, строящему балкон или галерею, выдающиеся над большой дорогой.

Факт требования устанавливается свидетельством одного мужчины или двух женщин. Свидетельства одного мужчины или двух женщин достаточно для установления упомянутого факта требования, ибо здесь не требуется, как в случае убийства, чтобы оба свидетеля были мужчины, так как смерть, причиненная падением стены, не подходит под понятие убийства.

Требование это может быть заявлено зиммием и мусульманином. Мусульманин и зиммий поставлены одинаково относительно требования о сношении стены, так как все люди одинаково участвуют в праве прохода. Посему требование действительно, исходит ли оно от мужчины или женщины, свободного человека или мукатаба, раба (если только он получит от хозяина разрешение) или малолетнего (с разрешения опекуна). Оно действительно также, если сделано султаном или кем-либо другим,

ибо требование это касается права, в котором все одинаково заинтересованы, и потому все одинаково могут заявить таковое.

Или обитателями соседнего дома. Если стена наклонится на сторону соседнего дома, то собственник последнего или держатели дома, будь то арендаторы или ссудодержатели, вправе требовать сноса ее, ибо этим лицам в особенности принадлежит право в данном случае.

И если эти последние предоставят срок, то это действительно. Если собственник или держатели дома предоставят собственнику стены срок или освободят его от всякой ответственности за могущие произойти убытки, то это законно, и собственник стены не ответствен за разрушенное падением ее, потому что здесь заинтересовано лишь право собственности дома или держателей его. Другое дело, когда стена наклонится над дорогою и должностное лицо или лицо, заявившее требование о сносе стены, предоставят собственнику ее отсрочку или освободят его от ответственности; это недействительно и собственник стены все-таки ответствен за убытки, причиненные ее падением, потому что в этом заинтересовано право каждого, и должностное лицо или лицо, заявившее требование, не имеет власти уничтожить публичное право.

Лицо, продавшее ветхий дом после заявления вышеупомянутого требования, не ответственно за случайности, могущие произойти от него. Если, после обращения к нему, кто-либо продаст дом, стены которого наклонены, и покупатель вступит во владение им, а затем падением его что-либо будет разрушено, то ответственность не падает ни на одну из сторон. Продавец не ответствен, так как в отношении его правонарушение могло бы быть установлено только, если бы он не срыл стены, имея к тому возможность; а здесь возможность эта прекратилась с продажей; равно не ответствен и покупатель, так как к нему не было обращено никакого требования. Но если покупателю заявлено было требование после продажи, то он становится ответственным, ибо он имеет возможность исполнить требование.

Требование, для действительности своей, должно быть обращено к лицу, способному исполнить таковое. Обращение и требование срытия ветхой стены действительны, когда они обращены к лицу, имеющему возможность срыть ее, но не тогда, когда с ними обращаются к лицу, не имеющему этой возможности, каковы залогоприниматель, хранитель, ссудодержатель или арендатор. Посему обращение и требование действительны, когда они обращены к залогодателю дома, так как в его власти срыть стену, выкупив дом. Они действительны также в отношении стены, принадлежащей малолетнему, когда обращены к родственникам или опекунам его; и если после требования они не сроят стены и падением ее что-либо будет разрушено, то вознаграждение падает на имущество малолетнего, так как их действие фактически является действием сего последнего. Равным образом они действительны в отношении мука-таба, так как он может быть уполномочен срыть стену, и в отношении торгующего раба, задолженного или свободного от долгов, по той же причине; и если, в последнем случае, раб не сроет стены и падением ее будет разрушено чье-либо имущество,

то вознаграждение за него падает на личность раба¹ или, если будет убит человек, пеню должны уплатить акилы хозяина.

Требование, обращенное к одному из нескольких соучастников, относится до него одного. Если ветхая стена принадлежит нескольким наследникам и кто-либо обратится к одному из них с требованием срыть стену, то обращение это касается только упомянутого сонаследника, и посему, если засим падением стены что-либо будет разрушено, то наследник, к которому относилось обращение, ответствен пропорционально своей доле наследства, ибо от него зависело устранить опасность обращением к казии с изложением обстоятельств дела и с требованием приказать остальным сонаследникам (наличным) снести стену или (если они отсутствуют) разрешить ему самому сделать это.

После падения стены собственник ее обязан убрать обломки: не сделав этого, он ответствен за последовавший от того вред. Если ветхая стена после обращения упадет на человека и убьет его, а затем другое лицо, упав через тело первого, убьется, то собственник стены не ответствен за это второе лицо, потому что убрать тело первого лежало на обязанности его наследников, а не собственника стены. Если, напротив, после падения стены кто-либо спотыкнется об обломки и убьется, то собственник стены ответствен, так как в его обязанности очистить стену от всех этих обломков, составляющих его собственность, а обращение в отношении самой стены как бы является обращением и в отношении обломков.

Собственник ветхой стены не ответствен за случайности, причиненные падением с нее какого-либо предмета, если предмет этот не принадлежит ему. Если кто-либо обратится с заявлением относительно стены, которая наклонилась на сторону дороги, и она затем упадет, причем будет сброшен стоявший на ней сосуд, последствием чего будет смерть человека, то собственник стены ответствен, если только сосуд составлял его собственность, так как очистка дороги лежала на его ответственности. Если, напротив, сосуд принадлежал другому лицу, то собственник стены не ответствен, так как очистка дороги от посуды лежит на обязанности собственника последней.

Глава III

О ПРАВОНАРУШЕНИЯХ, СОВЕРШЕННЫХ ЖИВОТНЫМИ ИЛИ НАД НИМИ

Лицо, едущее верхом на животном, ответственно за всякий причиненный животным вред, предупреждение которого было в его власти. Лицо, едущее верхом на животном, *ответственно за всякую вещь, стоптанную животным или разбитую ударом головы, передних ног или тела; но оно не ответственно за вещь, разбитую ударом задних ног или хвоста.* Словом, право проезда по большой дороге принадлежит всей общине под условием безопасности; то есть привилегия, которою проходящий пользуется

¹ То есть он должен быть выдан или выкуплен, как в других случаях правонарушения.

как для своей пользы, так и для пользы других, ввиду чего право проезда предоставляется всем под условием безопасности в интересах обеих сторон. Кроме того, следует заметить, что ограничение условием безопасности может иметь место лишь там, где возможна забота о безопасности, ибо если бы ограничение это применялось к случаям, где такая забота невыполнима, то пользование правом путешествия на животных было бы совершенно исключено. Но ездок может смотреть за тем, чтобы его животное не давило людей или имущество и т.п., так как лицо, едущее верхом, вовсе не поставлено в необходимость давить то, что попадает по дороге; но оно не может предупредить, чтобы животное ничего не ударило задними ногами или хвостом, потому что животное при езде неизбежно пользуется ими без всякого непосредственного контроля со стороны ездока. Согласно сему он ограничен условием безопасности в первом случае, но не во втором.

И если оно остановит животное на дороге, то ответственно за все случайности. Если, однако, лицо это остановит животное в дороге, то оно ответственно за всякий вред от удара задними ногами или хвостом, потому что для него возможно избежать остановки, хотя и не в его власти предупредить лягание и т.п.; так как он совершает правонарушение, останавливая животное, то ответствен за всякий могущий произойти от того вред.

Оно ответственно также за вред, причиненный большим камнем, подброшенным копытом животного. Если копыто животного ударит и подбросит песок или маленькие камни, вследствие чего будет выбит чей-либо глаз или повреждено платье, то всадник не ответствен; но если животное подбросит большой камень, то он ответствен. Основание этого различия то, что в первом случае невозможно было предупредить случившееся, так как иначе невозможно движение животного, между тем как во втором случае можно предупредить несчастье, управляя животным, чтобы избегать больших камней. Следует заметить, что во всех этих случаях второй ездок (то есть тот, кто сидит позади первого) в отношении ответственности находится в одинаковом положении с первым.

Но не за случай, причиненный испражнениями или мочой животного. Если животное во время пути испражняется или мочится на дороге, последствием чего будет гибель человека, то ездок не ответствен, так как невозможно было предупредить это; и то же правило применяется, когда животное останавливается для испражнения или если ездок останавливает его для этой цели, так как некоторые животные не могут совершать этих актов двигаясь.

Если только ездок не остановил животное без нужды и оно стало испражняться. Если, однако, ездок остановил животное для другой цели и оно станет испражняться, последствием чего будет гибель человека, то ездок ответствен; поступая таким образом, он совершил правонарушение, ибо остановил животное без крайней нужды, зная в то же время, что это сопряжено с вредом для проходящих.

Ответственность погонщика или проводника животного. Погонщик животного ответствен за всякий вред, причиненный животным передними или задними ногами, между тем как проводник животного ответствен лишь за вред, причиненный передними ногами. Автор «Хидои» замечает, что это сказано Кудури, в его «Сборнике».

Многие из наших современных ученых согласны с этим мнением, потому что лицо, погоняющее животное перед собою, видит его задние ноги, в его власти предупредить несчастье от них, между тем как лицо, ведущее животное за собою, не видя задних ног и не будучи в состоянии управлять ими, не может избежать таких случайностей. Однако большинство наших современных ученых того мнения, что, так как погонщик животного имеет не более власти над задними ногами его, чем проводник, то он ответствен не более последнего за вред, причиненный задними ногами. И это общепринято.

В «Джами-ус-Сагире» сказано, что погонщик или проводник животного ответственны во всех тех случаях, в которых ответственность лежит на ездоке, ибо они (подобно ездоку) причиняют вред, ведя животное к месту назначения, и это действие их охвачено условием безопасности, насколько это выполнимо.

Искупление требуется от ездока, но не от погонщика или проводника животного. Искупление требуется от ездока, когда он случайно задавил человека, а не в других случаях, и никакого искупительного акта не требуется от погонщика или проводника. Основанием здесь служит то, что в случае, когда задавлен человек, ездок фактически является совершителем убийства, так как его тяжестью человек задавлен, тяжесть же животного является лишь дополнением к тяжести ездока, ибо движение животного должно быть приписано ему, оно же является лишь орудием движения. Другое дело — проводник или погонщик животного: они производят лишь посредствующую причину, но не являются действительными совершителями убийства; а искупление в случаях смертоубийства предписывается только тогда, когда правонарушитель является действительным совершителем такового, но не тогда, когда оно совершено благодаря посредствующей причине. Равным образом ездок лишается права преемства после задавленного его животным, по отказу или наследству, но проводник или погонщик не лишаются.

Если на животном сидел всадник, а при нем находился погонщик или проводник, то ответственность падает на первого, а не на последнего. Если одно лицо ездит верхом на животном в то время, когда другой погоняет или ведет его, и оно задавит человека, то некоторые говорят, что на погонщика или проводника не падает никакой ответственности, потому что ездок считается действительным совершителем смертоубийства, а погонщик или проводник — производителями посредствующей причины. Это общепринято.

Случай столкновения и смерти двух ездоков. Если два лица ездят верхом на двух животных и столкнутся друг с другом, последствием чего будет смерть обоих, то акилы каждого из них взаимно должны уплатить пеню за другого. Имамы Шафии и Зуфар утверждают, что в этом случае акилы каждой стороны должны лишь половину пени за смерть другой¹, ибо каждый убит столько же по своей вине, сколько по вине другого, ввиду чего половина пени с каждой стороны не считается. Наши ученые доказывают, что смерть каждой стороны должна быть приписана действию другой

¹ Пени в этом случае (как и во всех других) идут в пользу наследников каждой стороны.

стороны, а не действию ее же самой, ибо ее действие (именно — проезд по большой дороге) по природе своей безразлично и оно не может служить основанием ответственности. Правда, можно возразить, что в таком случае не полагается вообще ответственности за кровь и акилы каждой стороны ничего не должны платить. На это следует, однако, ответить, что хотя действие каждой из сторон по природе своей безразлично, но оно все-таки ограничено условием безопасности; а безразличное действие, связанное с условием безопасности, хотя и не служит основанием ответственности в отношении самой стороны, тем не менее является таковым в отношении другой стороны. Следует, однако, заметить, что полная пеня за каждого ездока должна быть уплачена только в том случае, когда они столкнулись друг с другом по несчастной случайности; если столкновение было намеренное, то за каждого подлежит уплате лишь половина пени. Все сказанное здесь предполагает, что стороны — люди свободные. Если обе стороны — рабы, то кровь их не принимается в расчет¹. Она не принимается в расчет при несчастной случайности потому, что правонарушение со стороны раба касается только его личности, так что его хозяин выдаст его мстителю за обиду или уплачивает вместо того пеню; но в данном случае личность обоих рабов разрушена, так что хозяева их не имеют уже никакого интереса в них, и вместо себя они ничего не оставили, ввиду чего кровь обоих не принимается в расчет. Так же и в случае намеренного столкновения: каждый из них погиб в момент совершения правонарушения, не оставив ничего взамен своей личности, так что хозяева не имеют уже никакого интереса в них, ввиду чего и здесь кровь обоих не принимается в расчет. Если одной из сторон является раб, а другую — свободное лицо, то в случае столкновения по случайности акилы свободного человека ответственны за стоимость раба, которая должна быть уплачена наследникам свободного человека, право которых на все, превышающее эту стоимость, погашается (как, например, если бы стоимость раба равнялась 1000 дарагимов: тогда наследники свободного лица имели бы право получить от его акилов 1000 дарагимов, остальные же 9000 дарагимов пени свободного человека считаются погашенными), ибо, согласно учению имамов Абу Ханифы и Мухаммада, акилы свободного человека обязаны уплатить стоимость раба, как вознаграждение за его (раба) личность, за которую акилы ответственны; и на это вознаграждение наследники свободного лица имеют право, ибо оно фактически составляет эквивалент раба; но право их на все, превышающее стоимость раба, падает, так как раб ничего не оставил за собою в обеспечение такого излишка. Если, напротив, раб и свободный столкнутся намеренно, то акилы свободного ответственны лишь за половину стоимости раба (потому что намеренное столкновение ведет лишь к половине ответственности), которая должна быть уплачена наследникам свободного человека. В этом случае раб должен был половину пени за свободного человека, и он не оставил ничего, исключая половины своей стоимости (как сказано выше), потому они вправе получить эту половину, а остальная половина пени вверх половины стоимости раба погашается.

¹ Дословно — «идет за ничто».

Погонщик животного ответствен за всякий вред, причиненный падением седла и т.п. Если кто-либо гонит животное и седло его, или ноша, или что-либо другое, помещенное на животном, упадет и убьет кого-либо, то погонщик ответствен, так как виновен в правонарушении вследствие ненадлежащего прикрепления ноши и т.п. к животному; если бы все это было достаточно прикреплено, то оно не упало бы.

Ответственность в случае проводки нескольких связанных веревкою верблюдов. Лицо, ведущее несколько связанных верблюдов, ответственно за все истоптанное ими. Если верблюды задавят человека, то акилы проводника обязаны уплатить за него пеню; если они истопчут имущество, то он сам должен вознаградить за такое. Его дело было смотреть за верблюдами; упустив сделать это, он совершил правонарушение, а правонарушение ведет к ответственности; но ответственность за личность падает на акилов, а за имущество — на него самого, как уже было объяснено. Если при верблюдах вместе с проводником находится и погонщик, то ответственность падает одинаково на обоих, ибо как проводник одного верблюда является проводником всех, так и погонщик одного является погонщиком всех, потому что все они связаны друг с другом. Однако правило это применяется только тогда, когда погонщик находится у конца всей веревки. Если он находится у середины ее и держит одного верблюда за недоузлок, то он один ответствен за вред, причиненный верблюдами, находящимися позади его, потому что проводник, находящийся во главе всего ряда, не может считаться проводником этих верблюдов ввиду того, что цепь прервана; но оба одинаково ответственны за вред, причиненный верблюдами, находящимися впереди означенного лица, так как оно гонит их в то время, как ведет остальных.

Если кто-либо привяжет верблюда к веревке, связывающей ряд верблюдов, с ведома проводника и привязанный таким образом верблюд задавит человека, то акилы проводника обязаны уплатить пеню, ибо в его власти было воспрепятствовать привязке упомянутого верблюда; не сделав этого, он виновен в правонарушении, что служит основанием ответственности. Но убийство в данном случае вызвано посредствующею причиною, посему пеня за него падает на акила, как в случае убийства по несчастной случайности. Но акилы проводника имеют право затем требовать возмещения уплаченного ими от акилов лица, привязавшего верблюда к веревке, ибо, благодаря его действию, они должны были уплатить пеню; и единственная причина, почему ответственность тотчас же не пала на них, заключается в том, что привязь верблюда составляла род создания причины, между тем как проводка верблюдов в глазах закона равносильна совершению убийства, которое совершено благодаря проводке верблюдов, а не вследствие привязи добавочного верблюда. И так как действительное совершение смертоубийства имеет более значения, чем создание причины для него, то ответственность сперва падает на акилов проводника. Законоведы замечают, что сказанное здесь (об обратном требовании акила проводника к акилам лица, привязавшего верблюда) применяется только к тому случаю, когда добавочный верблюд был привязан к веревке во время движения связанных ею верблюдов, ибо лицо это как бы дает поручение вести своего верблюда, и потому оно тем самым принимает на себя ответственность за вред, который может быть причинен верблю-

дом. Но если добавочный верблюд был привязан в то время, когда остальные стояли, а затем проводник повел их всех, и добавочным верблюдом будет задавлен человек, то ответственность падает на акилов проводника, которые не вправе требовать возмещения от акилов лица, привязавшего верблюда, потому что здесь оказывается, что проводник повел чужого верблюда без содействия собственника его, так как последний не выразил своего согласия ни явственно, ни молчаливо.

Лицо ответственно за вред, причиненный спуском собаки на охоте. Если кто-либо спускает свою собаку и гонит ее (то есть бежит за нею) и собака, не останавливаясь, разрушит что-либо, то ответственность за это падает на лицо, спустившее ее, ибо действие собаки приписывается ему. Если кто-либо спустит своего сокола и погоняет его и он, не останавливаясь разрушит что-либо, то лицо, спустившее его, не ответственно. Причина различия между собакою и соколом та, что четвероногое может быть погоняемо, а птица — не может, ввиду чего гоньба собаки принимается в расчет, а гоньба птицы — не принимается.

Но оно не ответственно, если не погоняет и не науськивает собаку. Если, напротив, лицо спускает собаку, не погоняя ее (то есть не бежит за нею) и она, не останавливаясь, разрушит что-либо, то лицо, спустившее ее, не ответственно, ибо собака действует по собственному побуждению и действие ее не может быть приписано лицу, спустившему ее. Приводят мнение Абу Юсуфа, что во всех этих случаях лицо, спустившее собаку или сокола, должно считаться ответственным, ради охраны имущества. Равным образом имам Мухаммад в «Мабсуте» замечает, что когда кто-либо спускает животное на большой дороге и животное, не останавливаясь, убьет человека, то ответственность падает на лицо, спустившее это животное, независимо оттого, погоняло ли оно его или нет, так как движение животного приписывается означенному лицу, пока оно продолжает двигаться в прямой линии; но после поворота его направо или налево действие спуска прекращается, другими словами, лицо более не ответственно в случае причинения вреда. То же правило применяется, когда животное остановится, а затем само станет продолжать движение: если засим что-либо будет разрушено, то за это не полагается ответственности.

Или если оно спускает ее на дичь. Если кто-либо спустит свою собаку на дичь, а собака, не останавливаясь, разрушит что-либо другое, то лицо, спустившее ее, не ответственно, если только оно не погоняло ее (то есть не бежало за нею), ибо охота безусловно законна и не ограничена условием безопасности, и потому правонарушение (составляющее основание ответственности) не может быть установлено в данном случае. Если, напротив, кто-либо спустит собаку на большой дороге и она, не останавливаясь, разрушит что-либо, то лицо, спустившее ее, должно уплатить вознаграждение. Хотя пользование большою дорогою есть действие безразличное, но оно ограничено условием безопасности, так как связано с интересом общества; спуск собаки, уменьшая безопасность дороги, составляет правонарушение и потому влечет за собою ответственность.

Человек, спускающий свое животное на большой дороге, ответствен за всякий причиненный им убыток. Если кто-либо спускает животное на большой дороге и оно сперва пойдет прямо вперед, а затем, повернув направо или налево, сомнет посев

и т.п., то лицо, спустившее его, ответственно, но не тогда, когда имеется более одной дороги. Если, напротив, животное сорвется и, двигаясь по собственному побуждению, убьет человека или сомнет какой-либо предмет, ночью или днем, то собственник животного не ответствен, ибо Пророк так приказал, при том же действие животного не может быть приписано собственнику, так как он не спускал и не погонял его.

За глаз козы следует уплатить соответствующее вознаграждение, а за глаз рабочего скота — четверть его стоимости. Если кто-либо выколет глаз козы, то должен вознаградить за причиненный этим недостаток, ибо единственная польза от козы заключается в ее молоке и мясе, а не в работе, а потому нельзя требовать ничего, кроме вознаграждения за уменьшение ее стоимости. Напротив, за глаз быка, верблюда, осла или лошади всех пород следует уплатить вознаграждение, равное одной четверти их стоимости, ибо Пророк сказал: «За глаз всякого животного, исключая козы, ты должен заплатить одну четверть стоимости животного», а также потому, что, так как работа животного может быть исполнена только с помощью четырех глаз (двух глаз животного и двух — погонщика), то можно сказать, что животное имеет четыре глаза, ввиду чего четверть его стоимости должна быть уплачена за потерю одного глаза.

Случай вреда, причиненного животным, имеющим на спине всадника. Если кто-либо едет верхом на своем животном и другое лицо ударит или раздражит животное без согласия всадника и животное лягнет или сомнет кого-либо, последствием чего будет смерть этого последнего, то ответственность падает на лицо, ударившее или раздражившее животное, а не на всадника, потому что первый побудил животное к действию, которое и должно быть приписано ему; и он виновен в правонарушении, раздражив животное без согласия всадника; а так как последний не совершил никакого правонарушения, то раздраживший животное ответствен один. (Если, однако, всадник, в то время, как другой ударил или раздражил животное, остановил его на большой дороге, то оба ответственны в равных частях, так как в этом случае и всадник совершил правонарушение, остановив животное на дороге). Если, напротив, животное лягнет лицо, раздражившее его или ударившее, и оно умрет от того, то кровь его не принимается в расчет, так как можно сказать, что оно само убило себя. Если, с другой стороны, животное сбросит всадника и убьет его, то акилы лица, ударившего или раздражившего животное, должны уплатить пеню, так как названное лицо совершило правонарушение, создав причину несчастья.

Если кто-либо едет верхом или сидит на своем животном, на собственной земле, и кто-либо раздражит или ударит животное без согласия всадника и животное понесет и сбросит всадника, то ответственность падает на лицо, ударившее или раздражившее животное, а не на всадника, по изложенным выше причинам. Если кто-либо едет верхом на своем животном на большой дороге или сидит на нем на своей земле и кто-либо раздражит или ударит животное по его желанию, а животное понесет и задавит человека, то ни всадник, ни другое лицо не ответственны: последнее — потому, что его действие равносильно действию самого всадника; первый же (всадник) — потому, что он уполномочил лишь на такое действие,

на которое имеет полное право, так как дразнить животное все равно, что погонять его. Но если всадник едет по большой дороге на своем животном и кто-либо ударит или раздражит таковое по его желанию и оно задавит человека, то обе стороны ответственны в одинаковой степени, если только животное не переставало двигаться, пока не задавило человека, потому что движение его приписывается обоим одинаково.

Или ведомого кем-либо. Если кто-либо ведет животное, а другой ударит его и оно вырвется от проводника и, не останавливаясь, причинит какой-либо вред, то ударившее лицо ответственно, ибо животное вырвалось вследствие удара, и потому все происшедшее от того случайности приписывается ударившему лицу.

Лицо, ударившее животное без нужды, отчего причинится вред, ответственно. Если в вышеприведенных примерах ударившее лицо есть раб, то оно ответственно своею личностью за могущий произойти вред; если это — малолетний, то ответственность (за испорченное имущество или личный вред, менее значительный, нежели рана) падает на его имущество, потому что рабы и малолетние подлежат преследованию за свои действия.

Равно как и лицо, поставившее что-либо на дорогу, способное раздражить животного. Если животное получит удар от предмета, поставленного кем-либо на большую дорогу, понесет и убьет кого-либо, то ответственность падает на лицо, поставившее упомянутый предмет, ибо, сделав это, оно совершило правонарушение и потому удар приписывается ему, и фактически случай здесь представляется таким же, как если бы оно само ударило животное.

Глава IV

О ПРАВОНАРУШЕНИЯХ, СОВЕРШЕННЫХ РАБАМИ ИЛИ НАД НИМИ

(Эта глава пропущена вследствие отмены рабства.)

Глава V

О ПРАВОНАРУШЕНИЯХ, СОВЕРШЕННЫХ НАХОДЯЩИМИСЯ В НЕЗАКОННОМ ВЛАДЕНИИ РАБАМИ ИЛИ МАЛОЛЕТНИМИ ВО ВРЕМЯ НЕЗАКОННОГО ВЛАДЕНИЯ

(Эта глава также пропущена вследствие отмены рабства.)

Глава VI

О КИССАМАТЕ, ИЛИ ПРИВОДЕ К ПРИСЯГЕ

(Глава пропущена вследствие утраты ею значения.)

например, когда одно лицо говорит другому: «Я делаю тебя собственником этого предмета завтра») незаконно, предполагая даже, что право собственности дающего на вещь продолжает существовать в то время, то отсюда следует, что отсрочка вступления акта в силу до того времени, когда право собственности уничтожается (как по смерти стороны), тем более незаконна. Однако основания к более благоприятному толкованию двоякого рода. Во-первых, существенно необходимо, чтобы люди имели власть делать отказы, ибо человек, обманутый своими надеждами, непредусмотрителен и греховен в жизни; но когда болезнь нападает на него, он пугается и боится смерти. Посему в это время ему необходимо загладить свои грехи с помощью своего имущества, так что, если он умрет от этой болезни, его цель (именно — искупление греха и заслуга для будущей жизни) была бы достигнута, а если он выздоровеет — чтобы мог употребить свое имущество на свои нужды; и так как эти цели достигаются путем придания посмертным распоряжениям законной силы, то распоряжения эти признаются законными¹. Во-вторых, распоряжения на случай смерти объявлены законными в Коране и преданиях, кроме того, все наши ученые согласны с этим положением.

В размере до одной трети имущества завещателя. Если кто-либо делает распоряжение в пользу постороннего лица в размере одной трети своего имущества, то это действительно, хотя бы наследники завещателя и не были на это согласны, ибо так говорится в преданиях.

Но не более. Отказ в размере, превышающем одну треть имущества завещателя, недействителен. В доказательство сего приводят следующее предание, сохраненное Аби Векассом. «В лето завоевания Мекки, когда я был так болен, что на выздоровление мое не было надежды, Пророк Господа пришел навестить и утешить меня. Я сказал ему, что по милости Божьей, имея большое состояние, но не имея наследников, кроме дочери, желал бы знать, могу ли распорядиться всем имением путем отказов. Он ответил: „Нет“; и когда я несколько раз спрашивал его, могу ли распорядиться двумя третями или половиною, он также отвечал отрицательно; но когда я спросил, могу ли распорядиться одною третью, он ответил: „Да, ты можешь распорядиться одною третью своего имущества путем отказов; но одна треть, которою ты можешь распорядиться, составляет большую часть, и лучше, если ты оставишь своих наследников богатыми, чем в положении бедности, что может заставить их просить у других“». Право наследников завещателя связано с его имуществом, ибо когда он — при смерти, то имущество это для него бесполезно; а так как это служит основанием к перенесению этого имущества с него на наследников, то право последних с этого времени снижается с тем имуществом. Право это, однако, не признается законом в отношении постороннего лица — в размере одной трети

¹ В этом месте помещены возражение и ответы, которые переводчиком в тексте пропущены, чтобы не прерывать изложения самого предмета. Вот они:

«Возражение. Если право собственности прекращается для собственника в момент его смерти, то как может быть действительным акт предоставления им этой собственности?»

Ответ. Его право собственности считается продолжающимся в это время по необходимости, так же, как в отношении погребальных обрядов и погашения долгов умершего».

имущества, для того чтобы дать завещателю возможность путем отказа трети своего имущества вне своей семьи загладить свои прежние грехи. В отношении же самих наследников связь, напротив, признается со всем имуществом завещателя (ввиду чего, если кто-либо распорядиться одной третью своего имущества в пользу части наследников, то это не было бы действительно), ибо если не обращать внимания на связь их права со всем имуществом в отношениях между ими самими и узаконить отказ трети этого имущества одной части их, то цель распоряжения (именно — искупление за грехи) не была бы достигнута, так как возможно, что завещатель, вместо включения всех наследников, оставит треть только известной части их, а это было бы несправедливо по отношению к другим и повело бы к разрыву родственных уз, что незаконно.

Если на то не последует согласия наследников. Следует, однако, заметить, что хотя отказ более одной трети имущества завещателя незаконен, но если наследники, достигнув совершеннолетия, дадут свое согласие на это после смерти завещателя, то отказ становится действительным, ибо возражение против его действительности основано только на их праве, следовательно, не имеет значения после того, как они сами откажутся от этого права. Правда, согласие их, данное при жизни завещателя, не принимается во внимание, ибо оно дается до установления их права, и потому они могут уничтожить это согласие после смерти завещателя. Другое дело, когда согласие дается после этого события: оно дано после возникновения их права, и потому они не могут засим уничтожить его.

Отказ в пользу наследника недействителен, если не подтвержден другими наследниками. Когда кто-либо делает отказ в пользу частей своих наследников, то применяется то же правило, как и в случае отказа более одной трети постороннему лицу; другими словами, акт недействителен, если другие наследники не дадут своего согласия на это распоряжение после смерти завещателя, и согласие их, данное при жизни завещателя, не имеет значения. Следует заметить, что во всех случаях, в которых отказ становится действительным при согласии наследников, легатарий производит свое право собственности от завещателя, а не от наследников. Таково мнение наших ученых. Имам Шафии утверждает, что он производит свое право собственности от наследников. Мнение наших ученых — общепринято, ибо воля завещателя служит основанием собственности, а согласие наследников является лишь устранением препятствия; и так как закон обращает внимание на основание, а не на устранение препятствия, то собственность производится от завещателя, но не от наследников, ввиду чего не требуется и овладения¹. Если бы право собственности производилось от наследников, то требовалось бы овладение, потому что передача права собственности от живого собственника без получения эквивалента фактически представляется дарением, для установления которого овладение со стороны одаренного есть необходимое условие.

¹ Это значит, что «овладение легатария отказанною вещью для установления права собственности на нее».

Отказ в пользу лица, от которого завещатель получил смертельную рану, недействителен. Если кто-либо делает отказ в пользу лица, от которого он получил смертельную рану, то это недействительно независимо от того, приходится ли ему убийца наследником или нет, нанес ли он ему рану намеренно или по несчастной случайности, если только он является действительным совершителем акта, ибо в преданиях говорится: «Убийце нет отказа». Так как лицо, нанесшее рану, ускорило смерть завещателя, то оно в виде наказания лишается отказанной вещи, равно как при подобных же обстоятельствах оно лишается наследства.

И если легатарий убьет завещателя, то отказ в его пользу ничтожен. Равным образом когда кто-либо, сделав отказ в пользу известного лица, затем будет им убит, то такой отказ недействителен. Если, однако наследники дадут свое согласие, то отказ становится действительным, по мнению имамов Абу Ханифы и Мухаммада. Абу Юсуф — противоположного мнения, потому что преступление убийцы, являющееся основанием недействительности отказа, продолжает существовать. Доводы имамов Абу Ханифы и Мухаммада по этому предмету — двоякого рода. Во-первых, недействительность отказа в пользу убийцы основана на праве наследников, потому что выгода от такой недействительности принадлежит им, как в случаях лишения наследства. Во-вторых, недействительность отказа, как сделанного в пользу убийцы, зависит от воздержания наследников от дачи своего согласия, как в случае отказа в пользу части наследников; следовательно, как согласие остальных наследников устанавливает действительность отказа, так в рассматриваемом случае согласие это должно иметь те же последствия.

Отказ в пользу части наследников недействителен. Если кто-либо делает отказ в пользу части своих наследников, это недействительно ввиду изречения Пророка: «Господь назначил каждому наследнику его определенное право»; при том же отказ в пользу части наследников есть несправедливость в отношении других; и если бы он считался законным, то повел бы к разрыву родственной связи. Кроме того, в преданиях говорится: «Отказ в пользу некоторых наследников несправедлив». Следует заметить, что при обсуждении того, является ли легатарий наследником или нет, принимается во внимание время смерти завещателя, а не время совершения отказа, потому что отказ вступает в силу после смерти завещателя. (Дарение со стороны умирающего лица в этом случае равносильно отказу, ибо последствия обоих одни и те же, и посему дарение приводится в исполнение в размере до одной трети имущества). Если, напротив, умирающее лицо учиняет признание в пользу части своих наследников, то принимается в соображение время такого признания, ибо признание умирающего лица есть непосредственный и совершенный акт и не имеет отношения к будущему времени. Отсюда следует, что оно недействительно, если учинено в пользу лица, состоявшего наследником в момент учинения его, и что оно действительно в отношении таких лиц, которые в то время не были наследниками, хотя бы впоследствии и стали таковыми; как, например, когда кто-либо учиняет признание в пользу своего сына-раба и сын этот получил свободу до смерти отца: в этом случае учиненное таким образом признание действительно несмотря на то, что сын, получив свободу, стал одним из наследников своего отца, ибо в момент учинения признания он

не был наследником¹ и признание, учиненное в его пользу, фактически было учинено в пользу его хозяина, являющегося посторонним лицом; а действительность признания, будучи однажды установлена, не уничтожается вследствие того, что сын стал наследником. Следует, однако, заметить, что хотя отказ в пользу части наследников недействителен, но он становится действительным при согласии остальных наследников. Если часть наследников даст согласие, а часть — не даст, то отказ становится действительным пропорционально долям согласившихся наследников и недействителен пропорционально долям остальных наследников.

Отказы между мусульманами и зиммией действительны. Отказ, сделанный мусульманином в пользу зиммии или зиммием — в пользу мусульманина, действителен: первый — потому, что Господь сказал в Коране: «Вам не запрещается, о, верующие, совершать акты благосклонности в отношении тех, которые подчиняются вам и отказываются от войн и споров»; а последний — потому, что зиммии в силу соглашения с мусульманами сравнены с ними во всех мирских делах; и так как ввиду сего между ними происходит обмен добрых услуг при жизни, то им разрешается распространить эти отношения и за пределы могилы. В «Джами-ус-Сагире» сказано, что отказ в пользу враждующего неправового недействителен, так как Господь в Коране запретил оказывать им благосклонность.

Принятие и отклонение их не могут быть выражены раньше смерти завещателя. Принятие и отклонение отказа не устанавливаются раньше смерти завещателя, ибо отказ не вступает в силу до этого события и упомянутые акты раньше не могут быть приняты во внимание. Отсюда, принятие или отклонение в течение жизни завещателя не имеет значения, так же, как и принятие договора до возникновения его. Посему, если легатарий примет отказ после смерти завещателя, то такое принятие действительно, хотя бы он отклонил отказ при его жизни.

Похвально не делать отказов, когда наследники бедны. Лучше не делать отказов, если наследники бедны и наследственная доля каждого такова, что не может обогатить его. Этим обнаруживается благосклонность по отношению к наследникам, которые имеют на то большее право вследствие родственных отношений, так как Господь сказал в Коране: «Оказание благодетельности родственникам более похвально, чем в отношении посторонних». Притом здесь принимаются в соображение два обстоятельства: бедность и родство. Если, напротив, наследники богаты или наследственная доля каждого такова, что обогащает его, то лучше оставить что-либо, не достигающее одной трети имущества, в виде отказов, так как отказ в пользу постороннего лица есть акт благотворения, в то время как предоставление целого наследникам есть дарение; а первый более похвален, нежели второе, будучи рассчитан на приобретение божьей милости и расположения. Некоторые говорят, что собственник не ограничен, но вполне свободен сделать отказ в пользу посторонних или допустить переход всего имущества к наследникам, так как и в том, и в другом есть своя заслуга, ибо первое является актом благотворения, а второе согласно с внушениями естественной привязанности.

¹ Раб не может обладать правом наследства.

Легатарий становится собственником отказа принятием его. Право легатария на отказанную вещь устанавливается принятием отказа. Имам Зуфар того мнения, что отказ подобен наследству, ибо легатарий приобрел собственность по переходу и преемству от завещателя, так же, как наследник приобретает оное по преемству и происхождению от последнего владельца; и посему нет необходимости в принятии им отказа, как и в случаях наследования. Наши ученые доказывают, что отказ устанавливает для легатария новое право собственности, а не составляет перехода права собственности по преемству и происхождению, как в случае наследования, ввиду чего легатарий не может возвратить отказанную вещь вследствие недостатков ее; другими словами, если какое-либо лицо, купив, например, раба, откажет его кому-либо и легатарий после смерти завещателя обнаружит в рабе какой-либо недостаток или порок, то он вправе на сем основании возвратить раба продавцу, как сделал бы наследник в подобном случае. Равным образом, ничего не может быть возвращено легатария вследствие обнаружившихся недостатков; другими словами, если кто-либо распорядится всем своим имуществом в виде отказов, а затем продаст что-либо из этого имущества и покупатель обнаружит в купленной вещи недостаток, он все-таки не имеет права возвратить ее легатария, как мог бы возвратить ее наследнику. При таком положении вещей действительность отказа всецело зависит от принятия его, так как никто не может быть сделан собственником чего-либо против своей воли. Напротив, наследование есть преемство (ввиду чего вышеупомянутые правила применяются к нему); и посему наследник как бы насильно получает владение наследственным имуществом, по положительному предписанию закона, так как действительность наследования не зависит от его принятия или согласия.

Которое может быть положительно выражено или предполагаемо. Следует заметить, что принятие в случае отказа бывает двух родов: 1) положительно выраженное, которое не нуждается в объяснении; 2) предполагаемое, когда легатарий умирает, не объявив, принимает ли он отказ или отвергает его. Фактически это является также принятием, потому что отказ завершается, со стороны завещателя, смертью его (другими словами, он не может быть отменен после этого события); и так как вступление его в силу было приостановлено лишь во внимание к принадлежащему легатария праву отвергнуть оный, то, следовательно, отказанная вещь входит в состав его имущества после его смерти; так же, как в случае продажи с предоставлением покупщику права выбора: если покупатель умрет, не выразив положительно своего согласия на продажу, то сделка считается оконченной, а проданный предмет — частью его имущества.

Отказ, сделанный несостоятельным лицом, ничтожен. Если лицо, глубоко задолженное, делает несколько отказов, то таковые незаконны и недействительны. Долги имеют преимущество пред отказами, потому что платеж долгов есть безусловная обязанность, между тем как отказ есть акт безвозмездный и произвольный; а то, что более необходимо, должно быть сперва принято в соображение. Если, однако, кредиторы умершего отказываются от своих претензий, то отказ действителен, так как препятствие к тому устраняется и предполагается, что легатарий нуждается в отказанной ему вещи.

Равно как и отказ, сделанный малолетним. Отказ, сделанный малолетним, недействителен. Имам Шафии утверждает, что такой отказ действителен, если только сделан с разумной целью, потому что Омар утвердил отказ, сделанный яфаги (то есть мальчиком, почти достигшим зрелости), а также потому, что исполнение отказа отчасти полезно малолетнему, поскольку он приобретает заслугу от этой сделки, тогда как, уничтожая акт, мы лишаем малолетнего всякой выгоды. Доводы наших ученых в подкрепление их мнения по этому предмету — двоякого рода. Во-первых, отказ есть произвольный акт, относительно которого малолетний не может составить себе надлежащего понятия. Во-вторых, объявление несовершеннолетнего не имеет обязательной силы; но если бы сделанный таким лицом отказ был признан действительным, то отказ этот являлся бы обязательным. Что касается предания об Омаре, то под употребленным там термином «яфаги» следует разуметь лицо, только что достигшее зрелости, или же «отказ, сделанный яфаги», касается лишь погребального обряда, каковой отказ законен, по мнению наших ученых. Притом уничтожение отказа выгодно для малолетнего, так как направлением имущества к наследникам поддерживаются права естественной привязанности, как упомянуто выше. Что касается утверждения имама Шафии о том, что «исполнение отказа полезно малолетнему», то на это можно возразить, что при определении выгоды или вреда следует обращать внимание на непосредственную цель акта или сделки, а не на то, что может из нее произойти. Другими словами, если акт сам по себе непосредственно клонится к выгоде, то исполнение его для пользы малолетнего предпочтительно; но в данном случае акт (то есть отказ) сам по себе непосредственно ведет к потере имущества, хотя для малолетнего посредственно и может быть выгода из акта ввиду того, что отказ сделан, чтобы иметь заслугу в глазах Бога; а так как сделанный малолетним отказ непосредственно ведет к потере, то он недействителен, как в случае развода. Другими словами, если малолетний даст развод своей жене или опекун делает это за него, то развод не имеет обязательной силы, хотя во многих случаях он может сопровождаться выгодою, например, когда малолетний, имея жену, которая бедна, дает ей развод, чтобы жениться на ее сестре, которая богата и красива. Словом, сделанный малолетним отказ недействителен, по мнению всех наших ученых. Если малолетний сделает отказ и умрет, достигнув зрелости, то отказ недействителен как сделанный в такое время, когда он не был правоспособен на совершение отказа. Когда малолетний говорит: «Я желаю, чтобы, когда достигну совершеннолетия, одна треть моего имущества считалась отказанною в пользу такого-то лица», то отказ недействителен, ибо малолетний не правоспособен и потому не может сделать отказ, который должен считаться действительным непосредственно или который может стать таковым в будущем; так же, как он не имеет правоспособности к совершению развода или отпущения на волю. Другое дело — в отношении раба или мукатаба: они имеют полную правоспособность, осуществлению которой препятствует лишь право их хозяина; и поему все их действия (каковы развод, отказ и т.д.) вполне действительны, если относятся к тому времени, когда упомянутого препятствия более не существует, как, например, когда раб говорит: «Объявляю мою жену разведенною с того времени, когда я стану свободным».

Или мукатабом. Отказ, сделанный мукатабом, недействителен, хотя бы он оставил имущество, достаточное для уплаты условленного выкупа, потому что имущество мукатаба не может служить предметом дарственных актов. Некоторые говорят, что таково мнение Абу Ханифы, но что оба ученика — противоположного мнения.

Отказ утробного плода или в пользу утробного плода действителен. Отказ в пользу утробного плода, а равно отказ, имеющий предметом такой плод, действительны, если только рождение имеет место до истечения шести месяцев после учинения отказа. В первом случае основанием действительности служит то, что отказ является правопреемством в имуществе; а так как утробный плод имеет право преемства в случае наследования, то он имеет это право и в случае отказа, представляющего аналогию с наследованием. Если, однако, легатарий отклонит отказ, то таковой и остается отклоненным, так как он представляется также, с другой стороны, предоставлением права собственности, которое может быть отклонено. Иначе — в отношении наследования, так как таковое представляется исключительно правопреемством и не уничтожается отклонением со стороны наследника. Далее, дарение отличается от отказа тем, что оно не может быть учинено в пользу утробного плода, ибо дарение представляется исключительно предоставлением права собственности; а никто не может предоставить что-либо утробному плоду. Второй случай основан на том, что существование утробного плода предполагается в момент совершения отказа; а так как отказ вещей, еще не существующих (например, плодов, которые дерево должно произвести), действителен, то отсюда следует, что тем более действителен отказ существующего уже предмета.

Раба может быть отказана без ее потомства. Если кто-либо отказывает рабу, исключая ее потомство, то как отказ, так и исключение действительны. Отказ действителен, потому что слово «раба» не заключает в себе ее потомства. Но так как в отказ рабы включено ее потомство в качестве принадлежности, то отсюда следует, что когда раба отказана, за исключением ее потомства, такой отказ действителен. Равно действительно и исключение: как дозволено отказывать утробный плод, так дозволено делать для него исключение; по правилу: все, что само по себе способно быть предметом сделки, может быть также исключено из сделки, и наоборот. При этом принятие отказа легатарием отсрочивается до смерти завещателя, и уничтожение отказа до принятия его действительно, как и в случае продажи.

Отказ отменяется положительным объявлением завещателя или каким-либо действием с его стороны, предполагающим отмену. После положительной отмены завещателем отказа (например, когда он скажет: «Я беру назад то, что отказал») или совершения им такого действия, которое предполагает отмену, таковая считается установленною. В первом случае она установлена очевидно; и так же во втором, ибо действия выражают намерение подобно положительным словам, и потому они равносильны последним. Следует заметить, что если завещатель совершает над отказанною вещью такой акт, который, будучи совершен над чужим имуществом, составляет основание к прекращению права собственника (например, если кто зарежет козу, или снимет с нее кожу, или зажарит или сварит ее мясо, или сделает сосуд из куска меди, или смелет муку из пшеницы, или сделает меч из железа), то он равносильен

отмене отказа. Равным образом, если завещатель совершит над упомянутой вещью акт, вследствие которого к ней присоединяется добавочная ценность, причем отказанная вещь не может быть передана в отдельности (например, когда кто-либо отказывает пшеничную муку, а затем смешивает ее с маслом, или участок земли, на котором затем возводит строение, или кусок сукна, которым впоследствии подобьет или покроет платье), то он представляет из себя отмену отказа. Другое дело — исправление стены или фундамента отказанного дома: эти акты не свидетельствуют об отмене отказа, так как касаются лишь принадлежностей отказанного предмета.

Или прекращающим его право собственности на отказанный предмет. Всякий акт или сделка, уничтожающие право собственности завещателя, есть отмена отказа (например, когда завещатель продает отказанный им предмет, а затем купит его, или подарит таковой кому-либо, а затем возьмет подаренное обратно), и потому предмет этот не переходит к легатарии после его (завещателя) смерти; потому что отказ может иметь силу только в отношении имущества завещателя; а с прекращением его права собственности отказ становится ничтожным. (Следует заметить, что мытье отказанного платья не составляет отмену отказа; напротив, оно скорее подтверждает его, так как в обычае мыть платье до передачи его кому-либо).

Отрицание завещателем факта отказа не составляет отмены его. Если завещатель отрицает факт отказа, а легатарий представит свидетелей в доказательство отказа, то относительно этого случая между нашими учеными существует разногласие. По имаму Мухаммаду, это не составляет отмены. Абу Юсуф утверждает, что это равносильно отмене, потому что отмена есть отрицание завещателем отказа в настоящее время; а так как отрицание его относится и к настоящему, и к прошедшему времени, то оно тем более имеет значение отмены. Имам Мухаммад доказывает, что отрицание отказа относится к прошедшему времени, откуда уже вытекает отрицание такового и в настоящем; а по установлению существования отказа путем свидетельских показаний отрицание не имеет никакого значения. Другой довод состоит в том, что отмена предполагает существование отказа в прошедшем и уничтожение его в настоящем, а (с другой стороны) отрицанием оспаривается как прежнее, так и настоящее существование отказа; посему между отменой и отрицанием очевидная разница, ввиду чего не следует рассматривать последнее с той точки зрения, как первую; и согласно сему, если мужчина отрицает свой брак, а жена доставит свидетелей в подтверждение его, то между ними не имеет места развод.

Ни объявление им отказа незаконным или лихвенным. Если завещатель объявляет, что сделанный им в пользу известного лица отказ незаконен или составляет лихву, то это не есть отмена, ибо указание на отказ как на незаконный или лихвенный служит полным доказательством того, что указываемый предмет (именно — отказ) действительно существует. Случай был бы иным, если бы завещатель объявил, что отказ ничтожен, ибо это очевидно составляет отмену; так как то, что ничтожно, не существует, то название чего-либо ничтожным предполагает, что названный так предмет более не существует. Другое дело — название отказа незаконным: это указывает на продолжение существования, так как незаконным не может быть то, что не существует.

Или желание отсрочить вступление отказа в силу. Если завещатель пожелает, чтобы вступление отказа в силу было отсрочено на некоторое время после его смерти, то это не составляет отмены. Если, напротив, он скажет: «Я беру назад отказ», то отказ считается отмененным.

Отказ в пользу одного лица уничтожается вследствие последующего отказа того же предмета другому лицу. Если кто-либо говорит: «Я хочу, чтобы такой-то раб, которого я раньше отказал Заиду, был отдан в качестве отказа Омару», то устанавливает отмену первого отказа, так как содержание его речи очевидно доказывает, что он не желал, чтобы раб стал общею собственностью обоих. Другое дело, когда кто-либо сперва оставляет известный предмет одному лицу, а затем оставляет тот же предмет другому лицу, как, например, если он говорит: «Я хочу, чтобы эта вещь была отдана Заиду», а затем откажет ту вещь Омару; в этом случае первый отказ не отменяется, так как вещь делима и отдельные отказы ее свидетельствуют о желании завещателя предоставить вещь обоим.

Если только это последнее лицо находится в живых. Если кто-либо говорит: «Раба, которого я раньше отказал Заиду, теперь отказываю Омару», а в это время Омара уже нет в живых, то первый отказ, в пользу Заида, остается в силе, ибо отказ этот был уничтожен лишь в виду отказа того же предмета всецело в пользу Омара; а после утраты последним отказом силы вследствие смерти Омара первый отказ восстанавливается. Если, напротив, Омар находится в живых в момент совершения отказа в его пользу, а затем умрет раньше завещателя, то отказанный предмет (раб) переходит к наследникам завещателя, так как оба отказа ничтожны: первый — ввиду отмены, а последний — ввиду смерти легатария до смерти завещателя.

Глава II

ОБ ОТКАЗЕ ОДНОЙ ТРЕТИ ИМУЩЕСТВА

Случай отказа двух третей имущества двум лицам, каждому в отдельности. Если кто-либо откажет одну треть своего имущества одному лицу и одну треть — другому, а наследники откажут в своем согласии на исполнение того и другого отказа, то одна треть имущества делится поровну между обоими легатариями, ибо когда отказ превышает одну треть имущества, а наследники откажут в своем согласии на исполнение всего отказа, то таковой ограничивается одною третью. В данном случае права обоих легатариев одинаковы, треть имущества делима, а потому она и делится между обоими в равных частях.

Или одной трети — одному и одной шестой — другому. Если кто-либо откажет одну треть своего имущества одному лицу и одну шестую другому, а наследники не согласятся утвердить эти отказы, то одна треть имущества подлежит разделу между легатариями на три части, из которых две принадлежат тому, кому отказана одна треть, и одна — тому, кому отказана одна шестая, ибо отказ имеет силу только относительно одной трети; а так как требования обоих легатариев одинаково основательны и невозможно удовлетворить их претензии (именно — на одну треть и одну шестую)

одною только третью, то таковая делится между ними пропорционально претензии каждого, так же, как удовлетворяются претензии кредиторов к лицу, умирающему несостоятельным. Здесь право одного простирается на одну шестую, а право другого — на одну треть; а так как одна треть вдвое больше одной шестой, то треть имущества делится между легатариями на три части, из которых две принадлежат одному легатарии и одна — другому.

Случай отказов магабат. Отказ путем магабата, на смертном одре, имеет то же действие, как отказ имущества, и посему действителен в размере, не превышающем одной трети имущества завещателя. (Магабат дословно означает дар. На языке закона под этим словом понимают дар, включенный в какой-либо договор или сделку, как, например, если кто-либо продаст часть своего имущества другому лицу за цену ниже стоимости этого имущества).

Если кто-либо на смертном одре, имея двух рабов, оцененных в 30 и 60 дарагимов, пожелает, чтобы раб, стоящий 30 дарагимов, был продан Заиду за 10 дарагимов, а раб, стоящий 60, был продан Омару за 20, то Заид получает магабат в 20 дарагимов, а Омар — магабат в 40 дарагимов. Это называется отказом путем магабата. Но если бы завещатель не имел другого имущества, кроме упомянутых двух рабов, а наследники не согласятся утвердить отказ, то магабат исполняется только в размере одной трети. Но стоимость всего имущества равняется 90 дарагимов, что составляет ценность обоих рабов; посему одна треть этой стоимости (то есть 30 дарагимов) делится на три части, из которых две поступают в виде магабата к Омару и одна — к Заиду; то есть раб, стоящий 60 дарагимов, продается Омару за 40, а другой, стоящий 30, продается Заиду за 20.

Если кто-либо, имея двух рабов, стоящих 30 и 60 дарагимов, на смертном одре отпустит обоих на волю, то такое отпущение фактически является отказом. Посему, если названное лицо не имеет другого имущества, кроме этих двух рабов, и наследники не дадут согласия на отпущение на волю, то таковое имеет силу лишь в размере одной трети, то есть каждый раб становится свободным в одной трети своей стоимости и должен заработать остальную свободу, произведя освободительный труд в размере двух третей своей стоимости.

И отказ известной суммы денег. Если кто-либо отказывает известное количество дарагимов, не определяя отношения их ко всему его имуществу, то есть составляют ли они половину, треть, четверть его, то отказ действителен, но исполняется лишь в размере одной трети всего имущества, разве наследники согласятся на исполнение всего отказа. Так, если кто-либо, имея только 90 дарагимов, откажет 30 Заиду и 60 — Омару, а наследники не согласятся на это, то сумма отказов ограничивается 30 дарагимами, из которых Заид получает 10, а Омар — 20.

Случай отказа всего имущества одному лицу, а затем одной трети его — другому. Если кто-либо сперва отказывает все свое имущество одному лицу, а затем треть такового — другому¹ и наследники не дадут согласия, то треть его имущества делится

¹ Это предполагает, что завещатель сперва говорит: «Я отказываю все свое имущество Заиду», а затем, спустя некоторое время: «Я отказываю треть своего имущества Омару».

на четыре части, из которых три получает легатарий всего имущества, а одну — легатарий одной трети. Это — согласно учению обоих учеников. Абу Ханифа утверждает, что треть имущества подлежит разделу в равных частях между обоими легатариями, ибо когда отказ превышает одну треть, то излишек вовсе не принимается в расчет. Доказательство обоих учеников заключается в том, что завещатель имеет в виду две цели: во-первых, он желает, чтобы каждый из легатариев получил все отказанное ему; а во-вторых, чтобы сохранилось превосходство одного над другим. Достижение первой цели невозможно как противоречащее праву наследников и, притом, само по себе невозможно; но так как нет препятствия к полному осуществлению второй цели, то превосходство одного над другим сохранено, так же, как в случаях отказа путем магабата, или отпущения на волю, или отказа известного количества дарагимов. Абу Ханифа доказывает, что отказ ничтожен и недействителен во всем том, что превышает одну треть имущества, когда наследники не дают своего согласия, и ни под каким предлогом не может быть приведен в исполнение во всем объеме, потому что это противно предписанию закона. Так как отказ в части, превышающей одну треть, ничтожен, то одна цель завещателя (именно — установление превосходства) тоже ничтожна, подобно тому, как магабат становится ничтожным, если он включен в договор продажи, ставший впоследствии недействительным, как, например, когда кто-либо продает путем магабата раба, стоящего 30 дарагимов, за 20, и продажа затем становится недействительной вследствие утраты предмета прежде передачи, в каковом случае магабат становится недействительным. Другое дело — в случаях отказа путем магабата, или отпущения на волю, или отказа известного количества дарагимов: здесь действительность не зависит от согласия наследников, ибо возможно, что отказы станут действительными несмотря на несогласие наследников, например, когда завещатель, сделав отказ, уничтожит свое имущество так, что размер отказанного станет равным или меньшим одной трети всего имущества. Посему в этих случаях отказ сам по себе не ничтожен, а напротив, может быть действителен, и следует обращать внимание на превосходство одной из сторон. Иначе — в рассматриваемом случае: здесь невозможно, чтобы отказ был действителен, как объяснено выше. Другое также дело, когда кто-либо отказывает раба, стоящего 1000 дарагимов, Заиду, другого раба, стоящего 2000 дарагимов, — Бикеру, а сам не имеет другого имущества, кроме упомянутых рабов. Хотя возможно, что завещатель увеличит свое имущество так, что стоимость обоих рабов станет равной или будет меньше одной трети всего имущества, однако Бикер получит часть, соответствующую одной трети, а не всей стоимости отказа, ибо здесь право легатариев связано с существом рабов по той причине, что если раб погибнет, то отказ станет недействительным несмотря на то, что завещатель приобрел другое имущество. Отсюда вышеупомянутое опасение не имеет значения, так как право легатария связано здесь с самим предметом, с которым имеет связь право наследников. Напротив, в случае отказа определенного количества дарагимов, если собственность завещателя погибнет и он впоследствии приобретет более, то отказ действителен и удовлетворяется из вновь приобретенного имущества; откуда ясно, что право легатария в случае отказа определенного количества дарагимов не связано с самим предметом и, следовательно, не уничтожается вследствие гибели предмета.

Отказ «сыновней доли наследства» недействителен, но не отказ эквивалентна такой доли. Если кто-либо отказывает другому «наследственную долю своего сына»¹, то такой отказ ничтожен; но если бы он отказал «эквивалент доли своего сына», то такой отказ действителен. Первое есть отказ чужой собственности; второе составляет лишь отказ чего-либо, подобного вещи, все-таки отличается от нее несмотря на то, что эту вещь определяет его размер. Имам Зуфар того мнения, что и первого рода отказ действителен, так как в момент совершения его доля эта, очевидно, принадлежала завещателю. В ответ на это следует, однако, заметить, что отказ вступает в силу только после смерти завещателя, когда имущество не принадлежит ему, а потому сделанный им отказ сыновней доли есть отказ не принадлежащего ему имущества.

Отказ «части» имущества приводится в исполнение в размере наименьшей наследственной доли в этом имуществе. Если кто-либо отказывает «часть своего имущества», то легатарий имеет право на наименьшую часть, принадлежащую одному из наследников, если только часть эта не менее одной шестой, ибо тогда ему должна быть предоставлена одна шестая; и если она превышает одну шестую, то и в этом случае ему предоставляется одна шестая, потому что он никоим образом не должен получить более одной шестой. Случай, в котором одна из наследственных долей менее одной шестой, представляется тогда, например, когда кто-либо отказывает другому «часть своего имущества» и оставит наследников — сына и вдову. Хотя доля вдовы составляет только одну восьмую, но легатарий получает одну шестую, а остаток делится между вдовой и сыном согласно предписаниям закона. Случай, когда все наследственные доли превышают одну шестую, представляется, например, когда кто-либо сделает отказ в приведенных выражениях и умрет, оставив в качестве наследников брата и вдову, в каковом случае, хотя наименьшая доля равняется одной четверти, но легатарий имеет право только на одну шестую, и по выдаче ему таковой остаток делится между братом и вдовой согласно предписаниям закона. Таково учение Абу Ханифы. Абу Юсуф и имам Мухаммад того мнения, что легатарий имеет право на меньшую долю, каков бы ни был ее размер, если только она не превышает одной трети; но если она превышает треть, то ему должна быть дана треть и не более, разве на то последует согласие наследников. Довод, на котором они основывают свое мнение, заключается в том, что слово сем (доля) как по буквальному, так и по обычному смыслу означает долю, предназначенную наследнику; а так как наименьшая доля всегда известна, то она и служит материалом, за исключением случаев, когда наименьшая наследственная доля превышает одну треть, в каковых случаях отказ исполняется в размере одной трети, так как отказ, превышающий одну треть, действителен только с согласия наследников. Абу Ханифа доказывает, что сем, по толкованию закона, означает одну шестую, ибо когда во времена Пророка сделан был отказ в размере сема, то Пророк распорядился, чтобы легатариию была выдана одна шестая часть имущества завещателя. Притом же и в буквальном смысле слово это имеет то

¹ В этом и многих других примерах, приведенных ниже, действие зависит исключительно от слов, в которых сделан отказ и на которые потому следует обращать особое внимание. Так, в данном случае предполагается, что завещатель говорит: «Отказываю такому-то наследственную долю моего сына».

же значение, так как Айасе, человек, сведущий в арабском языке, бывший багдадским казием, объявил, что сем буквально означает одну шестую. Посему, так как сем и в законодательстве, и по буквальному смыслу означает одну шестую, то легатарий в этого рода случаях всегда имеет право на одну шестую, но не более. (Некоторые законоведы, однако, замечают, что хотя таково было обычное значение этого слова в те дни, но что в наше время под ним вообще понимается доля, или часть).

Случай отказа сперва одной шестой, а потом одной третей части одному и тому же лицу. Если кто-либо отказывает «шестую часть своего имущества» известному лицу, а затем в присутствии тех же или других лиц откажет «треть своего имущества» тому же лицу, то легатарий имеет право на треть имущества завещателя независимо от согласия на то наследников, так как одна шестая включена в последующий отказ одной трети.

Или же сперва одной трети, а потом одной шестой одному и тому же лицу. Если кто-либо отказывает «одну треть своего имущества» известному лицу, а затем в присутствии тех же или других лиц отказывает «одну шестую своего имущества» тому же лицу, то легатарий имеет право на одну шестую. (Доказательства в этом случае основаны на особенностях арабского языка).

Если кто-либо отказывает одну треть известного имущества и две трети его погибнут, а остальное не превышает одной трети имущества завещателя, то легатарий имеет право на весь остаток. Если кто-либо отказывает другому лицу «одну треть своих дарагимов», вся сумма которых равняется 3000 дарагимов, или «одну треть своих коз», все число которых равняется трем, а затем две трети дарагимов или коз будут утрачены, так что останется только одна треть и эта остающаяся треть менее трети всего имущества завещателя (который владел и другими вещами, кроме дарагимов и коз), то легатарий имеет право на всю остальную треть, то есть на 1000 дарагимов — в первом случае и на одну козу — во втором. Имам Зуфар утверждает, что легатарий имеет право лишь на одну треть остатка, то есть в первом случае — на одну треть 1000 дарагимов, а во втором случае — на одну треть стоимости козы, ибо наследники и легатарий имели пропорциональные притязания на все имущество вообще, а потому потеря распределяется между ними пропорционально их притязаниям. С другой стороны, наши ученые доказывают, что возможно вполне охранить право одной стороны (например, легатария) на один из трех предметов, когда они все однородны (ввиду чего держатель общего имущества, если оно по существу своему однородно, может быть принужден к разделу его между совладельцами, ибо каждый совладелец имеет право требовать раздела единого определенного предмета); а так как отказ предшествует возникновению права наследников¹, то право легатария охраняется в полной мере относительно упомянутой тысячи дарагимов. Случай здесь фактически представляется таким же, как если бы кто-либо отказал другому три дарагима, из которых два впоследствии были бы утеряны: остающийся дарагим принадлежит легатарии, по мнению всех наших ученых. Другое дело, когда отказанные предметы разнород-

¹ Долги и отказы, падающие на наследственное имущество, удовлетворяются раньше распределения наследственных долей.

ны. Тогда после утраты или гибели двух из означенных предметов ни общее право всех заинтересованных лиц, ни частное право одной из сторон не может быть охранено в целости с помощью оставшегося предмета: а посему раздел не устраняется в пользу легатария ввиду более раннего возникновения его права; напротив, остающийся предмет подлежит разделу между сторонами сообразно природе требований каждой из них.

Отказ «одной трети» предмета, часть которого впоследствии погибнет, имеет силу в отношении одной трети остатка. Если кто-либо отказывает другому «одну треть своего платья», две трети которого впоследствии погибнут, а остающаяся треть по стоимости превышает треть всего имущества завещателя, то легатарий имеет право лишь на одну треть оставшегося платья. Законоведы, однако, замечают, что это относится только к случаю, когда платье разнородно; в противном же случае оно рассматривается как драгоценности. И то же следует сказать о всех предметах, измеряемых мерами веса и емкости, так как и относительно их возможно охранять всецело право отдельных соучастников на отдельные доли, ввиду чего раздел таковых между соучастниками может быть вынужден.

Если кто-либо откажет другому «одну треть своих трех рабов» и двое из них впоследствии умрут, то легатарий имеет право только на треть стоимости оставшегося раба. То же правило применяется в отношении различных домов. Некоторые говорят, что это согласно лишь с учением Абу Ханифы, а другие — что таково мнение всех наших ученых. Автор «Хидои» замечает, что мнение его подтверждается приведенным общим правилом, что «относительно всех предметов, которые допускают соединение в них прав всех соучастников, возможно присоединение и права легатария».

Отказ в деньгах должен быть уплачен в целости из наличного имущества, хотя бы все остальное имущество состояло в долгах на других лиц. Если известное лицо, имущество которого состоит частью в наличных деньгах, а частью — в долгах на других лиц, откажет кому-либо 1000 драгоценностей и эта сумма не превышает трети наличного имущества, то деньги выплачиваются легатариию без всяких вычетов. Если, напротив, отказ превышает треть наличного имущества, то он получает только треть этого имущества; а затем ему следует уплачивать треть всех тех сумм, которые могут быть получены наследниками, пока легатарий не будет удовлетворен всею отказанною ему суммою. Это основано на том, что легатарий является как бы соучастником наравне с другими наследниками, посему, если бы его претензия была удовлетворена из наличного имущества (употребленного на выплату всего отказа), то этим был бы нанесен ущерб праву наследников, так как наличные деньги всеми предпочитаются долговому имуществу.

Отказ, сделанный в пользу двух лиц, из которых одного в то время нет уже в живых, всецело поступает в пользу живого легатария. Если кто-либо оставляет треть своего имущества «Заиду или Омару» и Омара в то время нет уже в живых, то вся треть поступает к Заиду независимо от того, знал ли завещатель, делая отказ, о смерти Омара или нет. Так как умерший не может стать легатарием, то он не может и воспрепятствовать живому лицу стать таковым, подобно тому, как если, например, кто-либо

отказывает вещь «Заиду и стене». В одном предании, касающемся Абу Юсуфа, говорится, что если завещатель не знал о смерти Омара, то Заид имеет право только на половину одной трети, ибо при этом предположении отказ в пользу Омара был действителен в мнении завещателя, а это достаточно свидетельствует о том, что в его воле и намерении было предоставить Заиду лишь половину трети. Но, с другой стороны, если ему было известно о смерти Омара, то, очевидно, он имел намерение предоставить Заиду весь отказ, так как отказ в пользу умершего лица недействителен и бесплоден.

Если сделан отказ в пользу двух лиц, без определения частей каждого, то, в случае смерти одного из этих лиц другое получает лишь половину отказа. Если кто-либо желает, чтобы одна треть его имущества «была разделена в качестве отказа между Заидом и Омаром», и Омара в то время нет уже в живых, то Заид имеет право только на половину трети, ибо употребленные завещателем слова ясно показывают, что его намерение было предоставить каждому половину; но так как Омара в то время нет в живых, то отказ по отношению к нему недействителен.

Отказ, сделанный лицом бедным, имеет силу, если оно впоследствии станет богатым. Если лицо неимущее откажет кому-либо «треть своего имущества», а затем станет богатым, то легатарий получает право на треть его имущества в каком бы то ни было размере, ибо отказ вступает в силу лишь после смерти завещателя и потому условием действительности отказа является состоятельность завещателя в момент его смерти. Тот же закон применяется, когда завещатель, будучи богат в момент совершения отказа, затем обеднеет и снова приобретет богатство.

Отказ вещи, не находящейся во владении или распоряжении завещателя в момент его смерти, ничтожен. Если кто-либо отказывает «треть своих коз» другому лицу и случится, что у него не будет коз или что те, которых он имел, погибнут до его смерти, то отказ ничтожен, ибо условием действительности отказа является владение завещателя имуществом в момент смерти, чего в данном случае нет. Если, напротив, не имея коз в момент совершения отказа, он впоследствии приобретет их, то после его смерти одна треть их поступает в виде отказа к Заиду (согласно «Риваяти-Сахих»), ибо здесь условие действительности (именно — чтобы завещатель в момент смерти владел имуществом) осуществилось.

Если не было ссылки на его имущество, в каком случае отказ должен быть удовлетворен уплатою его стоимости. Если кто-либо отказывает «козу из своего имущества» Заиду, а затем умрет, не оставив коз, то Заиду должна быть уплачена цена козы, ибо употребление завещателем выражение «коза из его имущества» свидетельствует о его намерении отказать стоимость животного. Если, напротив, он не отказывает ни «козу из своего имущества», ни «одну из своих коз», а просто «козу», без всякой ссылки на свое имущество или стадо коз, то относительно того случая существует разногласие. Некоторые говорят, что отказ недействителен, так как абсолютное выражение завещателя указывает на намерение его отказать само животное, которого у него не оказалось. Другие утверждают, что отказ действителен потому, что завещатель назвал козу, которой не имел, следовательно, надо предположить, что он имел намерение отказать стоимость ее. Если бы он сказал: «Я отказываю одну из моих

коз», то отказ был бы, очевидно, недействителен, ибо ссылка на свое стадо коз свидетельствует о том, что отказ был ограничен самим животным. (Множество случаев этого рода разрешаются по установленному здесь принципу).

Раздел отказа, сделанного без указания долей, трем различного состояния лицам. Если кто-либо отказывает «треть своего имущества своим умми-валяд, убогим и нищим», а умми-валяд будет всего три, то, по учению обоих старших, треть его имущества после его смерти делится на пять частей, из которых три поступают поровну в пользу умми-валяд, одна — в пользу убогих и одна — в пользу нищих. Имам Мухаммад говорит, что эта треть делится на семь частей, из которых три поступают поровну в пользу умми-валяд, две — в пользу убогих и две — в пользу нищих.

Или одному лицу и известному классу лиц. Если кто-либо отказывает «треть своего имущества известному лицу и убогим», то, по учению обоих старших, треть делится на две равные части, из которых одна поступает в пользу названного лица, а другая — в пользу убогих. Имам Мухаммад утверждает, что одна должна быть разделена на три части, из которых одна поступает в пользу означенного лица, а две — в пользу убогих.

Или только известному классу лиц. Если кто-либо отказывает «треть своего имущества убогим», то, по мнению обоих старших, душеприказчик может передать ее менее, чем двум убогим.

Случай допущения завещателем третьего лица к соучастию с двумя другими легатариями. Если кто-либо отказывает сто дарагимов Заиду и сто дарагимов Омару, а затем объявит Бикера их соучастником следующими словами: «Я сделал тебя соучастником Заида и Омара», то Бикер получает право на одну треть долей каждого, для того чтобы он сравнялся с ними, так как слова завещателя, очевидно, свидетельствуют о таком намерении, ибо употребленный им термин (ширкат) дословно означает равенство, каковое здесь возможно установить. Другое дело, когда доли легатариев неравны: например, когда Заиду отказано 400 дарагимов, а Омару — 200 и завещатель объявляет Бикера их соучастником. В этом случае установление равенства невозможно, и посему Бикер имеет право получить половину каждой из их долей, для того чтобы между ними по возможности было установлено равенство.

Признание долга на смертном одре действительно в размере до одной трети имущества. Если кто-либо на смертном одре говорит своим наследникам: «Я должен Заиду, и вы должны верить тому, что он он говорит», то требование Заида в размере, не превышающем одной трети имущества, должно быть удовлетворено, хотя бы наследники это оспаривали. Это основано на благоприятном толковании. По аналогии не следовало бы давать веру заявлению Заида, ибо хотя признание относительно неопределенного предмета допускается, но действие его зависит от удостоверения размера признанного, а так как таковой не может быть установлен вследствие смерти лица, учинившего признание, то отсюда следовало бы, что заявление Заида не имеет значения. Однако основание к более благоприятному толкованию заключается в том, что цель признавшегося лица, очевидно, состоит в том, чтобы дать Заиду преимущество над своими наследниками. Цель эта могла быть достигнута путем отказа; кроме того, человеку свойственно желать освобождения от обязательства, когда он

знает о существовании самого долга, но не уверен в количестве его, а потому признание считается равносильным отказу, определение размера которого предоставлено легатарии. Случай здесь представляется таким, как если бы лицо, учинившее признание, сказало своим наследникам: «Если Заид придет и потребует что-либо от вас за мой счет, то удовлетворите его требование в каком бы то ни было размере», какое предписание было бы признано и исполнено в размере до одной трети имущества. Такое признание равносильно отказу, а потому заявлению Заида должно дать веру в размере до одной трети имущества лица, учинившего признание, но не более. Если, кроме упомянутого признания, умирающее лицо сделало различные отказы в пользу других, то одна треть его имущества должно быть отделена для легатариев и две трети — для наследников, после чего обе стороны должны быть приглашены «поверить заявлению Заида до того размера, который они считают надлежащим». Засим, если обе стороны признают, что долг Заиду существует, то, очевидно, долг этот падает на имущество и, следовательно, на доли каждой стороны. Согласно сему из доли легатариев производится вычет в размере одной трети признанного ими долга Заиду, а из доли наследников — в размере двух третей признанного ими, чтобы признание каждой стороны было исполнено пропорционально участию во всем имуществе. Если Заид все-таки требует более того, что ему достается в силу признания сторон, то каждая сторона (наследники и легатарии) должна быть приглашена дать присягу в своей добросовестности или, другими словами, в том, что «они не знают, чтобы Заиду причиталось более». От них нельзя требовать положительной присяги, так как она касается только отношений между лицом, учинившим признание, и кредитором, в которых они в качестве главных сторон не участвовали.

Общий отказ в пользу наследника и постороннего лица исполняется только относительно последнего в размере одной половины. Если кто-либо отказывает вещь одному из своих наследников и постороннему лицу совокупно, то отказ в пользу наследника не допускается, а постороннему лицу предоставляется лишь половина отказанной вещи, ибо наследник обладает способностью быть легатарием¹ и он препятствует переходу всего отказа к постороннему лицу. Не то, когда вещь отказана двум лицам, из которых одного нет в живых: здесь весь отказ переходит к живому легатарии, и так как умершее лицо не способно получить отказ, то препятствие отсутствует.

Равно как и совокупный отказ в пользу убийцы завещателя и постороннего лица. Если кто-либо сделал отказ совокупно в пользу своего убийцы и постороннего лица, то убийца не имеет права на что-либо, а постороннее лицо получает лишь половину отказанной вещи по основанию, указанному в предшествующем случае, ибо убийца (подобно наследнику) обладает способностью быть легатарием и потому препятствует переходу всей отказанной вещи к постороннему лицу. Другое дело, когда кто-либо на смертном одре объявит, что он должен известную вещь или сумму одному из своих наследников и постороннему лицу совокупно. Такое заявление недействи-

¹ Неспособность наследника получать отказы вытекает не из природного или основного недостатка в нем, но основана исключительно на предписании закона, ставящего эту способность в зависимость от согласия сонаследников.

тельно как в отношении постороннего лица, так и в отношении наследника. Причина этого различия та, что отказ является предоставлением собственности; а так как им устанавливается общее отношение между обоими легатариями, то отказ действителен в отношении того из двух, который не поражен неспособностью в данном случае, именно — постороннего лица; между тем как объявление или признание есть возвышение права сторон, в пользу которых признание учинено, отнесенное к прошедшему времени и устанавливающее общее отношение, что не может быть установлено, ибо установление его в отношении одного постороннего лица, независимо от общности, противно содержанию заявления умирающего, а с другой стороны — установление с сохранением общности приводит к допущению заявления в пользу наследника, что незаконно.

Обстоятельства, порождающие неопределенность по отношению к легатариям, уничтожает отказ. Если кто-либо отказывает три платья различной цены, оставляя Заиду самое дорогое, Омару — следующее, а Бикеру — самое дешевое, и одно из этих платьев впоследствии утратится и не будет известно, которое именно утрачено, а наследники завещателя объявят каждому легатарии в частности, что «его доля утрачена», то отказ ничтожен в целом, так как неизвестно, кто является легатарием, а такая неизвестность порождает ничтожность отказа, так как казий не может постановить определение касательно неизвестного предмета. Если, напротив, наследники передадут два остающихся платья легатариям, то отказ не уничтожается, но остается в силе, и оба платья делятся между легатариями так, что Заид получает две трети лучшего платья, Бикер — две трети худшего, а Омар — остальную треть каждого.

Отказ помещения в доме, составляющем общую собственность. Если Заид отказывает Омару известное помещение в доме, составляющем общую собственность его и Бикера, то дом подлежит разделу; после чего, если отказанное помещение придется на долю Заида, то оно должно быть предоставлено Омару в качестве отказа, по мнению обоих старших. По мнению имама Мухаммада, он имеет право лишь на одну половину помещения. Если, с другой стороны, отказанное помещение не придется на долю Заида, то, по мнению обоих старших, Омару должно быть предоставлено из доли Заида помещение, по объему равное отказанному; между тем как, по имаму Мохаммеду, он имеет право лишь на половину этого помещения. Имам Мухаммад основывается на том, что завещатель отказал частью свое собственное имущество, частью — чужое, так как дом принадлежал поровну и ему, и Бикеру. Посему отказ получает силу в отношении первого, но остается в неопределенности относительно второго; и если после раздела (представляющего из себя вид обмена) помещение достанется Заиду, то все-таки та часть отказа, которая оставалась в неопределенном положении, не вступает в силу подобно тому, как если кто-либо отказывает другому вещь, не принадлежащую ему, а затем купит эту вещь. Когда после раздела дома упомянутое помещение достанется завещателю, то отказ вступает в силу в отношении действительного предмета его, именно — половины помещения; если помещение достанется Бикеру, то Омар (легатарий) получает из доли Заида объем, равный половине по-

мещения, ибо после устранения действительно отказанного предмета отказ должен быть исполнен с помощью вознаграждения, полученного взамен его, подобно тому, как если кто-либо отказывает раба, который впоследствии будет убит: в этом случае отказ должен быть выдан из вознаграждения, полученного за кровь раба (в противоположность случаю продажи раба, ибо здесь отказ не имеет связи с полученным вознаграждением, но вполне уничтожается продажей; между тем как отказ не уничтожается разделом, так как и это есть вид раздела собственности). Оба старших доказывают, что завещатель, очевидно, имел в виду отказать предмет, на который его право собственности может быть твердо установлено путем раздела. Очевидную цель его составляет отказ предмета, который во всех отношениях может быть полезен, а это может быть достигнуто лишь путем раздела, так как пользование вещью, составляющее общую собственность, не может быть полным. Посему, когда отказанное помещение после раздела достается Заиду и право собственности его на таковое будет твердо установлено в целом объеме, то отказ его вступает в полную силу. Что касается довода имама Мухаммада, что «раздел есть род обмена», то на это можно ответить, что обмен при разделе составляет лишь второстепенный признак, основною же целью раздела является получение каждым в полное пользование своей доли (ввиду чего стороны могут быть принуждены к разделу). Согласно этой основной цели можно сказать, что помещение находилось во владении Заида с самого начала. Когда, с другой стороны, оно достанется Бикеру, то отказ Заида вступает в силу в отношении доставшейся ему доли, в размере объема всего помещения, ибо такое количество составляет эквивалент за помещение, как уже было объяснено; или потому, что отказ должен быть так толкуем, что завещатель под помещением понимал только объем, равный ему, чтобы намерение его осуществилось насколько позволяет природа отношений¹; или же потому, что завещатель мог желать, чтобы помещение было предоставлено Омару, если только оно достанется ему по разделу. Случай этот аналогичен с тем, когда кто-либо ставит свободу ребенка, рожденного от его рабы, и развод своей жены в зависимость от рождения ребенка рабою (говоря: «После разрешения моей рабы перворожденным ребенком последний свободен, а жена моя — разведена»), что толкуется так, что вообще факт рождения ребенка служит основанием к разводу, а рождение живого ребенка обуславливает свободу его. Следует заметить, что когда помещение не достанется на долю Заида, если объем всего дома равняется ста кубическим локтям, а объем помещения — десяти, то, по мнению имама Мухаммада, доля Заида должна быть разделена на

¹ В этом месте помещены возражения и ответы, которые переводчик предпочитает привести в примечании для избежания перерыва в изложении текста.

Возражение. Если таково намерение завещателя, то почему упомянутое помещение передается Омару, когда оно достанется при разделе Заиду?

Ответ. Упомянутое помещение считается отказом, если оно достанется на долю Заида, по той причине, что при таком разрешении вопроса удовлетворяются два главных обстоятельства в деле, именно: количество и сумма (отказанного предмета) и наделение (легатария) действительно указанным помещением; когда помещение достанется Бикеру и невозможно принять в расчет оба обстоятельства, то достаточно принять в расчет первое.

десять частей, из которых девять предоставляются наследникам и одна — Омару. Оба старших полагают, что доля Заида должна быть разделена на пять частей, из которых одна предоставляется Омару и четыре — наследникам завещателя. (Что касается сказанного в «Хидое», что [согласно учению обоих старших] «доля завещателя делится на одиннадцать частей, из которых два предоставляются Омару и девять — наследникам», то это ошибка, ибо этот род раздела имеет место только в случаях объявления или признания). Здесь кстати заметить, что если при тех же обстоятельствах учинено признание, например, если Заид объявляет помещение объемом в десять кубических локтей в доме, имеющем сто кубических локтей и составляющем общую его с другим лицом собственность, принадлежащим Омару, то, по мнению некоторых, то же разногласие существует между имамом Мухаммадом и обоими старшими, между тем как другие утверждают, что по этому вопросу нет разногласия, так как и имам Мухаммад (вместе с обоими старшими) полагает, что если помещение достается на долю Заида, то оно всецело идет лицу, в пользу которого учинено признание, а в противном случае доля лица, учинившего признание, делится на одиннадцать частей, из которых две предоставляются лицу, в пользу которого учинено признание, а девять — лицу, учинившему таковое. Причина этого последнего положения та, что лицо, учинившее признание, объявляет: «Дом, который, за исключением этого помещения, вмещает девяносто кубических локтей, составляет общую собственность мою и моего совладельца, из которых сорок пять принадлежат мне», а лицо, в пользу которого учинено признание, требует десять кубических локтей из пятидесяти, павших на долю признавшегося лица. Посему эти пятьдесят кубических локтей делятся между лицом, учинившим признание, и лицом, в пользу которого оно учинено: последнее получает часть, пропорциональную десяти кубическим локтям, а первое — часть, пропорциональную сорока пяти, и согласно сему эта половина дома делится на одиннадцать частей. Другое дело — при отказе, как объяснено выше: здесь этот способ раздела неприменим, так как завещатель, делая отказ, не может сказать: «Этот дом, за исключением такого-то помещения, составляет общую собственность мою и моего совладельца». Если бы он сказал так, то его отказ был бы ничтожен, потому что отказ чужого имущества не допускается. Имам Мухаммад далее замечает, что разница между отказом и признанием та, что признание, касающееся чужого имущества, допускается (так что, если бы кто-либо объявил, что «такая-то вещь, находящаяся у Заида, составляет собственность Омара» и объявившее это лицо после того стало бы собственником означенной вещи, то оно обязано было бы передать таковую Омару), между тем как отказ чужой собственности по самой природе своей ничтожен и недействителен, поэтому, если бы кто-либо отказал другому чужую вещь, а затем стал собственником ее и умер, то отказ все-таки не имеет силы.

Действительность отказа денег, принадлежащих другому, зависит от согласия собственника. Если кто-либо отказывает 1000 дарагимов, принадлежащих другому, то исполнение отказа зависит всецело от согласия собственника, и в его воле утвердить отказ или нет. Посему, если он после смерти завещателя даст свое согласие, то от-

каз действителен и деньги выдаются легатарии. Это согласие, однако, вполне добровольно и безвозмездно, ввиду чего, если после дачи оного собственник денег откажется выдать их, то это законно.

Если наследник после раздела имущества признает факт отказа в пользу другого лица, то он должен выдать признанному им легатарии свою долю в таком отказе. Если двое сыновей учинят раздел имущества их отца, а затем один из них объявит, что «его отец отказал треть своего имущества Заиду», то объявитель должен выдать треть своей доли Заиду. Это основано на благоприятном толковании. Напротив, имам Мухаммад утверждает, что объявитель должен выдать половину своей доли Заиду (и это согласно с аналогией). Объявляя, что Заид имеет право на одну треть, он фактически объявляет, что Заид имеет право настолько же, насколько и он, ввиду чего он обязан выдать ему половину своей доли для установления равенства. Однако причина более благоприятного толкования заключается в том, что сын учинил здесь признание в пользу Заиду в одной трети всего имущества вообще; а так как все имущество разделено на три части, из которых по одной досталось на долю каждого сына, то отсюда следует, что сын учинил признание в пользу Заида лишь относительно одной трети своей доли.

Отказ рабы, которая (до раздела имущества) родит ребенка. Если кто-либо откажет Заиду определенную рабу и после его смерти она родит ребенка, то легатарий имеет право как на мать, так на ребенка, если только общая стоимость их не превышает одной трети имущества, ибо тогда Заид получает рабу как равную стоимости одной трети имущества, а если стоимость менее трети, то недостающее пополняется из стоимости ребенка. Это — по учению Абу Ханифы. Оба ученика, напротив, утверждают, что легатарий получает часть, равную трети имущества, как от матери, так и от ребенка, пропорционально стоимости каждого. Так, если стоимость рабы 300 дарагимов, стоимость ребенка такова же, а остальное имущество оценено в 600 дарагимов, то стоимость всего имущества равняется 1200 дарагимам, треть которых есть 400 дарагимов. Абу Ханифа утверждает, что раба должна быть выдана легатарии в уплату 300 дарагимов, кроме того, он получает 100 дарагимов из стоимости ребенка; между тем как оба ученика полагают, что он имеет право на выдачу одной трети из стоимости каждого. Довод обоих учеников заключается в том, что ребенок включен в отказ как принадлежность первоначального предмета его, и посему отказ должен быть исполнен пропорционально стоимости обоих без всякого преимущества и различия. Абу Ханифа доказывает, что мать есть первоначальный предмет отказа, а ребенок лишь принадлежность, принадлежность же не может заслонить собою главный предмет. Притом, если бы отказ исполнялся равномерно в отношении обоих предметов, то это привело бы к тому, что часть отказа была бы отторгнута от главного предмета его, что незаконно. Все изложенное здесь предполагает, что ребенок родился до раздела и выдачи рабы легатарии; если бы он родился после того, то бесспорно принадлежал бы легатарии как отпрыск его собственности, ибо его право на рабу было вполне установлено разделом.

Раздел. О времени совершения отказа

Дарственные акты, действие которых наступает немедленно и совершенные на смертном одре, вступают в силу лишь в отношении одной трети имущества. Следует заметить, как общее правило, что если кто-либо совершает относительно своего имущества какой-либо дарственный акт, действие которого наступает немедленно (то есть не обусловленный смертью), то, если он в то время здоров, такой акт действителен в отношении всего имущества, а если он болен¹, то вступает в силу в отношении одной трети всего имущества; если же кто-либо совершает относительно своего имущества такой акт, обусловленный его смертью, то этот акт вступает в силу в отношении одной трети его имущества независимо от того, болен он или здоров в то время. Если, напротив, кто-либо учинит признание долга, то оно имеет силу в отношении всего имущества, хотя бы было учинено во время болезни, так как это не есть дарственный акт. Однако все-таки и такого рода признание, учиненное здоровым, имеет преимущество перед признанием того же рода, учиненным во время болезни. Следует также заметить, что болезнь, от которой человек оправится, рассматривается по закону как здоровье.

Признание, учиненное на смертном одре, в пользу лица, впоследствии ставшего наследником, действительно; но не отказ или дарение. Если больной учинит признание долга в пользу чужой женщины, или сделает отказ в ее пользу, или совершит дарение, а затем женится на ней и умрет, то признание действительно, но отказ или дарение ничтожны, ибо ничтожность признания в пользу наследника зависит от того обстоятельства, что лицо, в пользу которого признание учинено, является наследником в момент учинения оно; между тем как ничтожность отказа в пользу наследника зависит от того, чтобы легатарий был таковым в момент смерти завещателя; а так как женщина не была наследницею в момент признания, но стала ею (вследствие брака) в момент смерти завещателя, то признание действительно, а отказ ничтожен равно как и дарение, подчиняющееся тем же правилам, как отказ.

Учиненное таким образом признание недействительно, если принцип наследования существовал в лице, в пользу которого учинено признание, раньше учинения оно. Если больной учинит признание долга в пользу своего сына, или сделает отказ в его пользу, или совершит дарение в то время, когда сын этот — христианин, а он (сын) затем до смерти отца станет мусульманином, то все эти акты признания, дарения или отказа ничтожны: отказ и дарение — потому, что сын является наследником в момент смерти своего отца, а признание — потому, что хотя сын в силу препятствия (различия религии) не был наследником в момент учинения оно, однако основание наследования (кровное родство) существовало и в то время, каковое обстоятельство возбуждает сомнение против отца и служит причиною подозрения его в учинении ложного признания ради достижения перехода части имущества к сыну. Другое

¹ Арабское «мариз». Этот термин буквально значит «больной». На языке закона, однако, им всегда обозначается умирающее лицо, то есть «смертельно больной», и в этом смысле выражение это должно понимать в настоящей книге.

дело — в случае брака, как установлено выше: здесь основание наследования (брак) возникло позже признания и не существовало до того, ибо если мы предположим, что брак существовал в момент учинения признания и что жена, бывши в то время христианкою, впоследствии до смерти мужа станет мусульманкою, то признание не было бы действительным.

Признание, дарение или отказ в пользу сына-раба, который впоследствии до смерти отца получит свободу, все-таки ничтожны. Если больной учинит признание долга в пользу своего сына, полного раба или мукатаба, или совершит в его пользу дарение или отказ и сын впоследствии до смерти отца получит свободу, то ни один из упомянутых актов не действителен по причинам, изложенным в предыдущем случае. В «Мабсуте», в отделе о признаниях, сказано, что «признание больного в пользу своего сына-раба действительно, если только раб не обременен долгами, ибо признание фактически учиняется в пользу хозяина, который является чужим человеком, а признание в пользу чужого человека действительно; между тем как если бы раб был обременен долгами, то признание, учиненное его отцом в его пользу, не было бы действительно, так как не могло бы быть толкуемо в пользу хозяина ввиду того, что задолженный раб есть собственник всех своих приобретений». Отказ, однако, недействителен, так как при установлении его обращается внимание на время смерти завещателя, а в это время сын, как свободный человек, является наследником. Правда, в отношении дарения сказано¹, что оно действительно, если только раб не обременен долгами, ибо дарением имущество переносится и предоставляется непосредственно; а так как сын в это время — раб, то дарение фактически учинено в пользу его хозяина; но если он обременен долгами, то дарение недействительно, так как он является хозяином своих приобретений, а дар считается таковым. Однако согласно чаще всего приводимым авторитетам, дарение ничтожно в обоих случаях, ибо дарение, учиненное во время смертельной болезни, равносильно отказу, а потому оно недействительно.

Правило для установления смертельной болезни. Пораженные параличом, страдающие подагрой или чахоточные, когда их болезнь длилась долгое время и им не грозит непосредственная опасность смерти, не причисляются к категории больных (мариз), ввиду чего совершенные ими дарственные акты вступают в силу в отношении всего имущества, ибо по прошествии долгого времени страдающий осваивается с недугом, который тогда уже не считается болезнью. (Период времени, требуемый для устранения понятия болезни, определяется в один год; если после того такое лицо сляжет в постель, то оно считается вновь заболевшим). Посему, если кто-либо из означенных больных лиц учинит дарение в начале своей болезни или после того, как сляжет в постель, то оно имеет силу в отношении трети его имущества: в это время представляется опасность смерти (ввиду чего тогда больному прописывается лекарство) и посему болезнь считается смертельною.

¹ Вероятно, подразумевается в «Мабсуте».

*Глава III***ОБ ОТПУЩЕНИИ НА ВОЛЮ НА СМЕРТНОМ ОДРЕ
И О РАСПОРЯЖЕНИЯХ, КАСАЮЩИХСЯ ОТПУЩЕНИЯ НА ВОЛЮ**

Отпущение на волю, дарение и акты магабата, учиненные на смертном одре, вступают в силу в отношении одной трети имущества. Если кто-либо на смертном одре отпустит на волю раба, или подарит часть своего имущества другому, или учинит магабат при покупке или продаже, покупая предмет по высшей цене или продавая его по низшей, или в отношении приданого, найма и т.п., или поручится за другого, то все эти акты рассматриваются с точки зрения отказа и вступают в силу в отношении одной трети его имущества.

Случай магабата и отпущения на волю одним и тем же лицом. Если больной (умирающий) совершит магабат (какого бы то ни было рода)¹, а затем освободит своего раба и (после его смерти) трети его имущества окажется недостаточно для исполнения обоих актов, то, по мнению Абу Ханифы, магабат имеет преимущество. Другими словами, если после исполнения магабата останется что-либо от трети имущества, то раб без всякого вознаграждения становится свободным в этой пропорции, но должен исполнить труд за освобождение в размере остальной своей стоимости или в полной своей стоимости, если ничего не останется. Если, напротив, лицо, освобождающее раба, делает это сначала, а затем совершает магабат, то раб и лицо, в пользу которого совершен магабат, находятся в совершенно одинаковом положении и каждый получает из трети имущества пропорционально своему праву. Например, раб освобождается из трети имущества пропорционально своей стоимости и совершает труд за освобождение в размере остальной своей стоимости, а лицо, в пользу которого совершен магабат, получает пропорционально таковому и вознаграждает за остаток. Оба ученика утверждают, что отпущение на волю имеет преимущество в обоих случаях, так как оно представляется отношением более строгим, не допускающим отмены. Абу Ханифа, напротив, утверждает, что магабат есть более строгое отношение, так как оно связано с договором обмена, в противоположность отпущению на волю, так как здесь нет обмена. Посему, если раньше совершается магабат, то он устраняет отпущение на волю вследствие сравнительной слабости последнего; если раньше совершено отпущение на волю, то оно стесняет магабат как имеющее преимущество по времени, но все-таки не устраняет таковой, так как отпущение на волю не может устранить магабат, ввиду чего в этом случае оба отношения равны. Согласно этому различию во мнениях, если кто-либо имеет двух рабов, одного — стоимостью в 200 дарагимов и другого — стоимостью в 100, и сперва продаст первого посредством продажи магабат за 100 дарагимов, а затем отпустит на волю последнего и умрет, не оставив другого имущества, то, по Абу Ханифе, магабат исполняется в полном объеме, а другой раб должен совершить труд за освобождение

¹ То есть «исполняет какой-либо договор, или совершает акт, по которому он добровольно терпит ущерб».

в размере полной своей стоимости. Но если отпущение на волю предшествует магабату, то одна треть стоимости обоих рабов, равняющаяся 100 дарагимам, делится поровну между обеими сторонами (то есть между освобожденным рабом и лицом, в пользу которого учинен магабат); согласно сему половина раба освобождается без всякого вознаграждения и он должен совершить работу за освобождение на 50 дарагимов, составляющих остальную половину его стоимости; 50 дарагимов вычитаются в виде магабата из стоимости раба, проданного путем магабата, и цена его равняется тогда 150 дарагимам, которые покупатель обязан уплатить. Но оба ученика утверждают, что раб совершенно свободен в обоих случаях. Если кто-либо на смертном одре сперва продаст раба путем магабата, потом отпустит на волю второго раба и, наконец, продаст третьего путем магабата и не имеет другого имущества, кроме этих трех рабов, то, по Абу Ханифе, половина одной трети имущества должна быть представлена лицу, в пользу которого сперва совершен магабат, а остальная половина трети делится поровну между освобожденным рабом и лицом, в пользу которого совершен второй магабат; между тем как если бы он сперва отпустил на волю раба, затем продал бы второго путем магабата и, наконец, отпустил на волю третьего, то треть имущества была бы разделена на две равные части, из которых одна была бы предоставлена лицу, в пользу которого совершен магабат, а другая делится поровну между двумя освобожденными рабами. Но оба ученика утверждают, что в обоих случаях предпочтение отдается отпущению на волю.

Магабат или отпущение на волю исполняются прежде действительных отказов. Следует заметить, в виде постоянного правила, что если кто-либо делает несколько отказов и треть его имущества достаточна для уплаты всех их, то они все исполняются без всякого преимущества одного перед другим. Но если он, кроме этих отказов, во время своей последней болезни освободит раба, или распорядится, чтобы он был отпущен на волю после его смерти, или продаст что-либо путем магабата, то оба вида отпущения на волю, равно как и магабат, имеют преимущество перед отказами и потому удовлетворяются сперва из трети его имущества, а остаток (если таковой окажется) делится поровну между легатариями.

Назначение известной суммы в виде отказа для освобождения раба, уничтожается последующею утратою или недостачею части ее. Если кто-либо на смертном одре отделяет 100 дарагимов и выразит желание, чтобы «после его смерти эта сумма была употреблена на освобождение раба», и из этой суммы случайно утратится один дарагим, то, как утверждает Абу Ханифа, отказ уничтожается, и остальные 99 дарагимов не могут быть употреблены на освобождение раба. Если, напротив, лицо это выразит желание, чтобы «упомянутая сумма была употреблена на покрытие издержек по паломничеству в Мекку», то утрата одного дарагима не уничтожает отказа и 99 дарагимов употребляются согласно воле завещателя, так что паломник отправляется с такого расстояния, что он может достичь Мекки с помощью означенной суммы. (Равным образом, если в последнем случае часть суммы была утрачена и часть остается после возвращения паломника, то таковая должна быть возвращена наследникам). Оба ученика утверждают, что отказ действителен и в первом случае и что 99 дарагимов употребляются для освобождения раба так же, как для совершения палом-

ничества. Абу Ханифа доказывает, что в первом случае воля завещателя направлена к освобождению раба, стоящего 100 дарагимов, посему, если бы освобождение было совершено с помощью 99 дарагимов, то отказ был бы приведен в исполнение в отношении лица, которого завещатель не имел в виду, что незаконно. Другое дело — отказ для совершения паломничества: оно есть чисто религиозная обязанность, а религиозные обязанности исполняются исключительно для Бога; и так как в этом случае легатарием является Бог, то уменьшение суммы не ведет к исполнению отказа в пользу другого, а не легатария, ибо паломничество за 99 дарагимов исполняется в угоду Богу так же, как паломничество за 100 дарагимов. Некоторые замечают, что это разногласие между Абу Ханифою и обоими учениками основано на различии их взглядов на освобождение раба. Оба ученика полагают, что это есть религиозный акт подобно совершению паломничества, а Абу Ханифа смотрит на освобождение раба как на акт, совершаемый в пользу его одного. Автор «Хидои» замечает, что это последнее мнение общепринято.

Раб, стоимость которого превышает треть имущества и который освобожден на смертном одре, не обязан совершить труд за освобождение, если наследники согласятся на отпущение его на волю. Если кто-либо во время своей предсмертной болезни отпустит на волю раба, стоящего 100 дарагимов, и умрет, оставив двух сыновей, 100 дарагимов и освобожденного раба, а наследники дадут свое согласие на освобождение, то раб не обязан совершить труд за освобождение, но свободен без этого, ибо хотя отпущение на волю было равносильно отказу в сумме, превышающей треть имущества освободителя, но оно действительно вследствие согласия на него наследников.

Отказ в виде освобождения раба уничтожается вследствие выдачи его в вознаграждение за совершенное им правонарушение. Если кто-либо выразит желание, «чтобы его наследники освободили его раба после его смерти», а раб после смерти завещателя совершит правонарушение и наследники выдают его в вознаграждение мстителю за обиду, то отказ ничтожен, ибо выдача раба в вознаграждение за правонарушение допускается. Так как право завещателя должно уступить праву мстителю за обиду, то, следовательно, и право легатария должно уступить ему, потому что легатарий получает свое право на отказ от завещателя; после выдачи раба в вознаграждение за правонарушение он перестает быть собственностью завещателя, следовательно, отказ ничтожен. Если, напротив, наследники предпочтут уплатить выкуп, то отказ остается в силе и не становится ничтожным (но выкуп падает всецело на их имущество, потому что они сами предпочли уплатить таковой); а так как раб после уплаты выкупа очищается от правонарушения, то случай здесь представляется таким же, как если бы правонарушения вовсе не было; а потому отказ приводится в исполнение.

Когда наследник и легатарий соглашаются относительно того, что раб был освобожден завещателем, то относительно времени отказа дается вера заявлению наследника. Если кто-либо откажет другому «треть своего имущества» и оставит между прочим имуществом раба и легатарий и наследники согласны в том, что завещатель освободил раба, но не согласны относительно времени освобождения (причем легатарий утверждает, что таковое последовало, когда завещатель был здоров, а наследники — что то было во время его болезни), то следует верить словам наследников, а легата-

рий имеет право лишь на то, что остается после вычета стоимости раба из одной трети имущества завещателя. Здесь легатарий защищает свое право на одну треть того, что остается после освобождения раба, так как отпущение на волю в то время, когда хозяин раба здоров, не считается отказом (ввиду чего оно вступает в силу относительно всего имущества), а наследники возражают против претензии легатария, утверждая, что завещатель освободил раба во время болезни. И так как отпущение на волю во время болезни есть вид отказа и вступает в силу относительно трети имущества, то наследники являются лицами отрицающими; но ввиду того, что заявлению лица отрицающего (ответчика), подкрепленному присягою, дается вера, легатарий не имеет права ни на что; разве останется некоторый излишек от трети имущества после вычета стоимости раба, на каковой излишек он имеет право; или же заявление его будет подтверждено свидетелями, в каковом случае он получает право на треть того, что останется от всего имущества после освобождения раба.

Случай заявления об отпущении на волю и о существовании долга, которому наследники дают веру. Если кто-либо умрет, не оставив имущества, кроме одного раба, и раб этот скажет наследникам: «Ваш отец, будучи здоров, отпустил меня на волю», а другое лицо скажет им: «Ваш отец был мне должен сто дарагимов», и наследники дадут веру обоим этим заявлениям (ответив, например, им: «Вы оба говорите правду»), то, по Абу Ханифе, раб обязан исполнить труд за освобождение в размере полной стоимости своей. Оба ученика утверждают, что раб освобождается без исполнения работы за освобождение, ибо доказательства долга и освобождения во время здоровья умершего лица установлены совместно, так как наследники признали и то, и другое одновременно, и освобождение раба здоровым хозяином не влечет за собою необходимости работы, хотя бы хозяин раба был обременен долгами. Абу Ханифа доказывает, что признание долга со стороны наследников сильнее отпущения на волю, ибо первый действителен, когда бы он ни возник, и подлежит удовлетворению из всего имущества, между тем как последнее, если совершено во время болезни, ограничивается одной третью имущества; а если так, то отсюда следовало бы, что отпущение на волю совершенно ничтожно. Однако так как отпущение на волю, однажды совершенное, не может быть вполне уничтожено, то оно уничтожается косвенно, путем требования работы за освобождение. То же разногласие существует в том случае, когда кто-либо, умирая, оставляет 1000 дарагимов и одно лицо станет утверждать, что умерший должен был ему 1000 дарагимов, а другое — что оно дало умершему такую же сумму на сохранение, наследники же одновременно подтвердят оба заявления. Оба ученика полагают, что обе претензии равносильны и что посему 1000 дарагимов подлежит разделу поровну между обеими сторонами. Абу Ханифа утверждает, что претензия поклаждателя имеет преимущество, так как его право касается тех же дарагимов, между тем как кредитор имеет лишь требование личное.

Раздел. Об отказах с благочестивою целью

При исполнении нескольких отказов, сделанных с благочестивою целью, предписанные обязанности имеют преимущество перед добровольно принятыми. Если кто-либо делает несколько отказов с благочестивою целью, каковы паломничество, соверше-

ние молитвы и т.п., то необходимо сперва исполнить те, которые касаются предписанных обязанностей¹, независимо от того, упомянул ли их завещатель сначала или нет, ибо исполнение предписанных обязанностей более важно, чем исполнение чисто добровольных актов; и потому закон предполагает, что завещатель имел в виду начать исполнение с них.

Разве все отказы будут одинаковой важности, в каковом случае должно следовать распределению завещателя. Но если различные обязанности, составляющие предмет отказа, все одинаковой важности и силы и трети имущества недостаточно на удовлетворение их всех, то они должны быть исполнены в том порядке, который указан завещателем, так как можно предположить, что те, которые им поименованы раньше, в его глазах имели преимущество. Тахави утверждает, что милостыня должна быть исполнена раньше паломничества. Такое же мнение приписывают Абу Юсуфу. По другому же приписываемому ему мнению, паломничество предшествует милостыне; и с этим согласен имам Мухаммад. Довод в пользу первого мнения состоит в том, что милостыня и паломничество одинаково строго предписаны Богом; однако милостыня, как связанная с человеческим правом, должна иметь преимущество, так как человеческое право предшествует божескому. В подкрепление второго мнения приводят тот довод, что совершение паломничества, кроме денежного расхода, требует также телесного упражнения; а так как для милостыни такового не требуется, то паломничество имеет преимущество. Однако и милостыня, и паломничество имеют преимущество перед искуплением, ибо они в большем числе случаев и более строго предписаны Богом. Далее, искупление за убийство, за зихар и за неисполнение обета имеют преимущество перед садакае фиттир, потому что эти виды искупления предписаны в Коране, между тем как последнее не предписано. С другой стороны, садакае фиттир имеет преимущество перед жертвоприношением, ибо он составляет необходимую обязанность, по мнению всех наших ученых, между тем как относительно обязательности жертвоприношения существует разногласие.

Равно как и в том случае, когда цель отказов чисто добровольная. При исполнении всех благочестивых отказов, когда предмет их не составляет предписанных обязанностей (каковы постройка мечети, сооружение убежища для путешественников или моста), должно следовать распределению завещателя, так как можно предположить, что он придавал большее значение поименованным им раньше отказам. Законоведы замечают, что если кто-либо делает несколько отказов, из них некоторые — для исполнения религиозных обязанностей, непосредственно предписанных Богом, а другие — для благотворительных целей между людьми, то одна треть его имущества должна быть отделена для удовлетворения отказов, а часть, предназначенная для исполнения обязанностей, предписанных Богом, должна быть употреблена сообразно порядку, указанному выше. Следует также заметить, что каждая особая обязанность рассматривается как отдельный отказ, ибо цель каждой состоит в снискании мило-

¹ Арабское «фарз» — термин, которым обозначают все, что предписано как безусловная обязанность, в частности — пять главных обязанностей: очищение, молитва, милостыня, пост и паломничество.

сти Всемогущего, и каждая особая обязанность имеет свою отдельную цель, а потому должна быть рассматриваема как отказ, сделанный в пользу отдельного лица.

Правила относительно отказов на предмет совершения паломничества. Если кто-либо выражает желание, чтобы «паломничество, лежавшее на его обязанности, было совершено за него после его смерти», то наследники должны послать кого-либо для этой цели из того города, где жил завещатель, и снабдить это лицо средствами сообразно состоянию завещателя; будучи совершено за него, оно должно быть исполнено таким же образом, как если бы он сам совершил его. Но если имущества его недостает на расходы по посылке лица из его города, то следует послать кого-либо из более близкого к Мекке города сообразно размеру его имущества.

Если кто-либо отправится из своего города с намерением совершить паломничество в Мекку и в дороге умрет, выразив желание, чтобы паломничество было совершено за него другими, то для этой цели кто-либо должен быть отправлен из города, в котором жил завещатель, по мнению Абу Ханифы (и таково же мнение имама Зуфара). Оба ученика утверждают, что лицо это должно быть послано с того места, до которого завещатель дошел, преследуя свою цель. То же разногласие существует относительно случая, когда кто-либо, предприняв паломничество за другого, умирает в дороге. Оба ученика рассуждают, что совершение части путешествия с намерением закончить его само по себе составляет действие благочестивое, составляющее заслугу перед Богом и пропорционально погашающее обязанность. Посему паломничество следует продолжать с того места, в котором лицо, предпринявшее таковое, умерло и которое фактически становится как бы его городом. Другое дело, когда кто-либо отправляется в Мекку по торговым делам и умирает в дороге, выразив желание, чтобы за него было совершено паломничество. В этом случае совершение части путешествия не составляет акта благочестия и потому, очевидно, представляется необходимость послать паломника из того города, где жил завещатель. Абу Ханифа доказывает, что распоряжение следует толковать в том смысле, что завещатель подразумевал начатие паломничества с своего города, чтобы оно было совершено, так как он сам первоначально обязан был совершить его.

Глава IV

О РАСПОРЯЖЕНИЯХ В ПОЛЬЗУ РОДСТВЕННИКОВ И ДРУГИХ БЛИЗКИХ ЛИЦ

Отказ в пользу соседа есть отказ в пользу собственника ближайшего смежного дома. Если кто-либо делает отказ в пользу своего соседа¹, то это, по Абу Ханифе, есть отказ в пользу лица, дом которого непосредственно прилегает к дому завещателя. Оба ученика утверждают, что отказ этот относится ко всем соседним обывателям, принад-

¹ Не называя имени соседа, например, так: «Я отказываю 1000 даракимов моему соседу». В этом и следующих примерах действие зависит всецело от выражений, в которых завещатель делает отказ.

лежащим к одной и той же мечети, независимо от смежности их домов, так как, по общепринятому значению слова, все они подходят под понятие соседа. Доводы Абу Ханифы в подтверждение его мнения по этому предмету — двоякого рода. Во-первых, лицо, дом которого прилегает к дому завещателя, есть действительно сосед. Во-вторых, признаки соседства различны; и так как было бы неудобно исполнить отказ в отношении всех лиц, подходящих под эти признаки, то следует ограничить его тем лицом, право которого ввиду смежности владений наиболее твердо и неоспоримо.

И обнимает всякого рода и состояния лиц. Следует заметить, что, по мнению законовевов, всякое лицо может подходить под понятие соседа, будь оно домохозяйном или нет, будь то женщина или мужчина, мусульманин или зиммий, так как ко всем им одинаково применим термин «сосед». Абу Ханифа полагает также, что полный раб, владеющий домом пососедству, имеет право на получение отказа. Оба ученика — противоположного мнения, ибо отказ фактически получил бы хозяин раба, который не предполагается соседом. Абу Ханифа основывается на том, что название соседа применяется безразлично ко всем.

Правила при отказах в пользу свойственника завещателя. Если кто-либо делает отказ в пользу своих свойственников, то сюда включаются все родственники его жены в запрещенных степенях (каковы ее брат, отец и т.д.), а равно все родственники жены ее отца (ее мачехи) и жены ее сына (ее снохи) в запрещенных степенях. Этому объяснению следовали имам Мухаммад и Абу Обейд. Следует заметить, что отказ относится ко всем родственникам жены в запрещенных степенях, хотя бы она в момент смерти завещателя находилась в периоде иддата по отменимому разводу. Но если развод неотменим, то отказ не относится к ее родственникам, так как существование свойства зависит от действительного существования брака в момент смерти завещателя; а после неотменимого развода брак совершенно прекращается.

И в пользу его хати. Если кто-либо делает отказ в пользу «своих хатн», то это есть отказ в пользу мужей его родственниц в запрещенных степенях, а равно в пользу родственников этих мужей в запрещенных степенях, так как и они подходят под понятие «хатн». (Некоторые комментаторы замечают, что таково прежнее понятие этого слова, но что в настоящее время под словом «хатн» понимаются только мужья). Следует также заметить, что в этом отношении свободные лица и рабы, близкие или дальние родственники имеют одинаковое значение, так как термин «хатн» относится ко всем им.

Или в пользу его акраба. Если кто-либо делает отказ в пользу своих родственников, то таковой исполняется в пользу ближайших родственников в запрещенных степенях, а за неимением таковых — в пользу следующих по степени, то есть в отношении всех родственников в запрещенных степенях по порядку. Отказ касается двух лиц и более, но не относится к отцу, матери или детям завещателя. Таково мнение Абу Ханифы. По мнению обоих учеников, отказ касается только потомков наиболее отдаленного родоначальника завещателя, исповедовавшего мусульманскую веру. (Относительно того, кого считать «наиболее отдаленным родоначальником, исповедовавшим веру», существует разногласие: некоторые утверждают, что имеется в виду наиболее отдаленный предок, действительно обратившийся к мусульманству, а дру-

гие — наиболее отдаленный предок, который знал о существовании веры, хотя бы он сам не принял ее, как явствует из случая с Абу Талибом, который, хотя и понимал мусульманскую веру, но никогда не принял ее). Довод обоих учеников заключается в том, что так как термин «родственники» вообще применяется ко всем лицам той же крови, то отказ относится ко всем лицам, подходящим под этот признак, какова бы ни была степень родства. Абу Ханифа доказывает, что отказ есть вид наследства; а так как при наследовании соблюдается указанный здесь порядок, то он также соблюдается при исполнении отказов. Далее, цель завещателя заключается в том, чтобы путем отказа вознаградить за погрешности, совершенные при жизни, в отношении связанных с ним узами родства, что касается лишь родственников в запрещенных степенях. Кроме того, родители и дети не называются родственниками (акраба), так что, если бы кто-либо назвал своего отца «своим родственником» (кариб), то его сочли бы за человека, отрицающего отчество. Это основано на том, что, по общепринятому значению слова родственник (кариб), под таковым подразумевается лицо, связанное с кем-либо через посредство третьего лица; но связь между родителями и детьми есть личная, а не через посредство другого. Словом, по Абу Ханифе, действие отказа ограничивается родственниками завещателя в запрещенных степенях; между тем как, по мнению обоих учеников, оно распространяется на всех потомков наиболее отдаленного родоначальника, исповедовавшего веру. Имам Шафии же утверждает, что оно ограничивается лишь отцом завещателя и его потомством.

Если кто-либо, имея двух дядей с отцовской стороны и двух дядей с материнской, сделает отказ в пользу своих родственников, то таковой относится только к дядям с отцовской стороны, по мнению Абу Ханифы, так как он полагает, что следует обращать внимание на последовательность степеней родства; между тем как, по мнению обоих учеников, отказ относится ко всем четверем, так как они полагают, что степень родства не имеет значения. Если, с другой стороны, завещатель имеет только одного дядю со стороны отца и двоих дядей со стороны матери, то половина отказа предоставляется дяде со стороны отца, а другая половина — обоим дядям со стороны матери во внимание к множественному числу, которое при отказах равняется двум. Если бы завещатель имел двух дядей с отцовской стороны, все отказанное досталось бы им; отсюда следует, что при существовании лишь одного дяди он получает не более половины, а другая половина предоставляется обоим дядям со стороны матери. Если бы завещатель сделал отказ в пользу своего родственника, то все отказанное пошло бы в пользу дяди с отцовской стороны, ибо термин «родственник» выражает собою одно лицо, а не несколько лиц, потому дядя с отцовской стороны получает все как ближайший по родству. Если (в случае отказа в пользу родственников) завещатель имеет только одного дядю со стороны отца (и не имеет дядей со стороны матери), то он имеет право лишь на половину одной трети имущества, ибо если бы существовало двое дядей со стороны отца, то они поделили бы весь отказ между собою, следовательно, один получает только половину. Если, напротив, он имеет дядю и тетку со стороны отца и дядю и тетку — со стороны матери, то отказ делится поровну между дядей и теткой со стороны отца, так как оба приходятся родственниками завещателя в одинаковой степени и их родство сильнее родства дяди и тетки с

материнской стороны. Хотя тетка со стороны отца не имеет права наследования, но она, тем не менее, имеет право на получение отказов так же, как родственник-раб или неправовверный. Следует заметить, что во всех этих случаях, если завещатель не имеет родственников в запрещенных степенях, отказ ничтожен, так как действие его ограничено родственниками в запрещенных степенях, как объяснено выше.

Или в пользу семьи (ал) известного лица. Если кто-либо делает отказ «в пользу семьи (ал) такого-то», то, по Абу Ханифе, это есть отказ в пользу жены названного лица. Оба ученика утверждают, что отказ относится ко всякому члену семейства, имеющему право на содержание от этого лица, ибо таково обыкновенное значение этого слова. Абу Ханифа доказывает, что слово «ал» в буквальном смысле значит «жена», доказательством чего служит следующее место из Корана: «Моисей шел со своею ал» (женою), откуда обычное выражение: «Такое-то лицо совершило таагул (вступило в брак) в таком-то городе». Отсюда следует, что если оно употреблено безусловно, то следует понимать его в буквальном смысле, который и есть истинный.

Или дома известного лица. Если кто-либо делает отказ «в пользу ал дома такого-то лица», то такой отказ относится к отцу и деду этого лица, равно как и ко всем потомкам наиболее отдаленного родоначальника с отцовской стороны, исповедовавшего мусульманскую религию; и если кто-либо сделает отказ в пользу ал такого-то лица, то это есть отказ «в пользу ал его дома», так как термин «ал» применяется к роду, из которого это лицо происходит.

Если кто-либо делает отказ «в пользу рода или поколения такого-то лица», то под первым подразумеваются все лица, происходящие вообще от его родоначальника, а под вторым — только лица, происходящие из отцовского рода, но не из материнского, ибо люди считаются принадлежащими к поколению их отцов, а не матерей.

Или в пользу сирот, слепых, хромых или вдов известного племени. Если кто-либо делает отказ «в пользу сирот, слепых, хромых или вдов такого-то племени» и подлежащие лица этого племени могут быть перечислены, то отказ относится ко всем им безразлично, будь то богатые или бедные, мужчины или женщины, ибо исполнение отказа возможно ввиду установления личности легатариев. (Следует заметить, что относительно выражения «могут быть перечислены» существует разногласие. По Абу Юсуфу, эта фраза означает: «Столько, сколько могут быть перечислены без письменных вычислений», между тем как имам Мухаммад полагает, что под нею подразумевается не более сотни, а все превышающее это число считается стоящим вне расчета. С другой стороны, некоторые утверждают, что определение в этом случае всецело предоставлено усмотрению казиз; и согласно сему постановляются решения). Но если подлежащие лица названного племени не могут быть перечислены, то отказ относится лишь к бедным, а не к богатым, ибо отказ этот имеет благочестивую цель и предмет его может быть лучше всего достигнут устранением нужд бедных. Кроме того, так как сами употребленные завещателем выражения указывают на известную степень нужды и убожества в легатарии, то следует допустить, что такова именно была мысль завещателя. Другое дело, когда завещатель делает отказ «в пользу юношей (или девиц) известного племени», перечислить которых невозможно. В этом случае отказ ничтожен, так как употребленные завещателем выражения

не указывают на нужду, и потому слова завещателя не могут быть толкуемы как относящиеся к бедным. Отказ не может иметь силу и в отношении всех лиц названного племени. Так как они не могут быть перечислены, то невозможно определить их, а отказ в пользу неопределенного легатария ничтожен, потому что отказом сообщается право, а оно не может быть сообщено неизвестным лицам. Следует заметить, что в случае отказа «в пользу бедных или убогих» он должен быть выдан по крайней мере двум бедным, так как два есть наименьшая степень множественности при отказах.

Или в пользу племени известного лица. Если кто-либо делает отказ «в пользу племени такого-то лица», то, по мнению обоих учеников, а также по первому мнению Абу Ханифы, отказ относится и к женщинам упомянутого племени, так как множественное число бинни (поколение или племя) включает в себя мужчин и женщин. Абу Ханифа впоследствии отказался от этого мнения и утверждал, что отказ относится только к мужчинам, а не к женщинам, ибо термин «бинни» буквально применяется только к мужчинам, к женщинам же — лишь в переносном смысле; а слово должно быть принимаемо в буквальном, но не в переносном значении. Другое дело, когда «племя такого-то лица» есть собственное имя известного племени. В этом случае отказ относится и к женщинам, так как термин «бинни» здесь включает в себя женщин наравне с мужчинами таким же образом, как общее выражение «бинни Адам» (сыновья Адама), ввиду чего отказ относится к вольноотпущенникам, присяжным союзникам, рабам и союзникам-мавалат названного племени.

Или в пользу детей известного племени. Если кто-либо учинит отказ «в пользу детей племени такого-то лица», то лица мужского и женского пола имеют одинаковое право в этом отказе.

Отказ в пользу наследников известного лица исполняется согласно законам о наследовании. Если кто-либо сделает отказ «в пользу такого-то лица», то отказ делится между наследниками известного лица подобно наследству; так что мужчина получает столько, сколько две женщины, ибо есть основания думать, что завещатель, употребляя слово «наследники», желал, чтобы при разделе отказа были соблюдены те же правила, которые соблюдаются при разделе наследства.

Случай отказа в пользу мавл завещателя. Если кто-либо делает отказ «в пользу своих мавл»¹ и он имеет некоторых мавл, которые отпустили его на волю, и других, которых он освободил, то отказ ничтожен, ибо термин «мавла» имеет два различных значения — освободитель и вольноотпущенный и нельзя установить, которое именно завещатель имел в виду. Нельзя также полагать, что отказ относится к тем и к другим, ибо слово, имеющее двойное значение, не может быть употреблено одновременно более, чем в одном; и так как неизвестно, какое именно значение придавал этому слову завещатель, то личность легатария неизвестна; а всякая неопределенность в лице легатария уничтожает отказ. (Во многих книгах имама Шафии говорится, что отказ считается сделанным в пользу всех мавл, как освободителей, так и вольноотпущенных, потому что употребленный термин применяется к тем и дру-

¹ «Мавла» есть термин, применяемый к патрону или к клиенту, и выражает отношение между отпущенным на волю и его освободителем.

гим). Следует заметить, что когда при отказе употреблен термин «мавл», то он обнимает всех, которых завещатель действительно отпустил на волю, будучи здоровым или во время болезни, но не его мудаббаров или умми-валяд, ибо их освобождение имеет место лишь после его смерти, а отказ его сделан только в пользу тех, которые были свободны до этого события. Абу Юсуф утверждает, что и мудаббар, и умми-валяд имеют право на такой отказ, ибо, хотя они не свободны раньше смерти завещателя, но так как относительно их возникло и установлено основание к свободе, то можно сказать, что они были освобождены. Такой отказ относится также ко всякому рабу завещателя, которому он сказал: «Ты свободен, если я не буду бить тебя до моей смерти» (если только он затем не бил его), ибо раб в этом случае свободен раньше смерти завещателя и с того времени, когда он потерял власть и силу бить его. Если завещатель имеет мавл, которых отпустил на волю, а также детей этих мавл, и равно мавл по мавалату, то его мавлы — вольноотпущенники и их дети имеют право на отказ, но не его мавлы по мавалату. Передают мнение Абу Юсуфа, что отказ относится и к этим последним и что названные три категории лиц одинаково участвуют в отказе, так как термин мавла обнимает всех их. Имам Мухаммад доказывает, что мавла есть термин, имеющий два различных значения; но слово с двойным значением не может быть употреблено одновременно более чем в одном; и так как отпущение на волю есть безусловный и неотменимый акт, а договор мавалата может быть по желанию отменен, то мавла путем отпущения на волю имеет преимущество перед мавлою путем мавалата, а посему отказ относится преимущественно к первой. Но отказ не относится к мавлам мавла завещателя¹, ибо он касается лишь мавла завещателя, а не других лиц. Другое дело — дети мавл завещателя: они имеют с ним связь, так как от него происходит их свобода. Другое также дело, когда завещатель не имеет мавл — вольноотпущенников и их детей: в этом случае договор относится к мавлам по мавалату, так как термин «мавла» буквально применяется к вольноотпущенникам, а в переносном смысле — к мавлам по мавалату; но когда буквальный смысл не может быть применен, то может быть принято переносное значение слова.

Если в вышеприведенном случае завещатель имеет только одного вольноотпущенника и нескольких вольноотпущенников этого последнего, то половина отказа предоставляется вольноотпущеннику, а другая половина возвращается наследникам завещателя; вольноотпущенникам же его вольноотпущенника не причитается ничего, ибо термин «мавла» буквально применяется к вольноотпущеннику завещателя, а в переносном значении — к вольноотпущенникам этого вольноотпущенника; и невозможно, чтобы слово было употреблено в двух значениях, так как оно не может быть одновременно употреблено в буквальном и переносном смысле. Равно отказ не относится к вольноотпущенникам родителей или детей завещателя, ибо таковые не суть его вольноотпущенники ни в действительности, ни предположительно.

¹ То есть к вольноотпущенникам его вольноотпущенников, или «к освободителям его освободителей».

*Глава V***О РАСПОРЯЖЕНИЯХ, ИМЕЮЩИХ ПРЕДМЕТОМ
ПРЕДОСТАВЛЕНИЕ УЗУФРУКТА**

Предмет, отказанный в виде узуфрукта. Если кто-либо отказывает услуги своего раба или пользование своим домом на определенное или неопределенное время, то такой отказ действителен, ибо предоставление узуфрукта, дарового или возмездного, действительно при жизни, следовательно, действительно и после смерти; а также потому, что люди имеют случай делать отказы такого рода, как и отказы в собственность. Равным образом, если кто-либо отказывает заработок своего раба или доход своего дома в течение определенного или неопределенного времени, то такой отказ действителен по той же причине.

Должен быть передан легатарии. В обоих случаях необходимо передать дом или раба легатарии, если только стоимость их не выше стоимости одной трети имущества, для того, чтобы он мог пользоваться заработком или услугами раба, или доходом дома, или жительством в нем в течение указанного времени, а затем возвратил таковые наследникам.

Но если предмет этот составляет все имущество, то, если это раб, им владеют наследники и легатарий попеременно; если же это — дом, то наследники и легатарий владеют им совместно, пропорционально своим долям. Если все имущество завещателя состоит из раба или дома, то раб должен находиться один день во владении легатария и два — во владении наследников попеременно; напротив, дом должен быть разделен на три равные части, из которых одна предоставляется легатарии и две — наследникам, так как легатарий имеет право на одну треть имущества, а наследники — на две трети. Основание устанавливаемого здесь различия между домом и рабом то, что раб не может быть делим, ввиду чего попеременное пользование им устанавливается по необходимости; между тем как дом может быть делим. А так как раздел есть наиболее совершенный и справедливый способ (ибо попеременное пользование по необходимости ведет к преимуществу одних над другими в отношении времени), то он и должен быть принят там, где осуществление его возможно. Однако если стороны согласятся пользоваться домом по очереди, то это законно, так как право принадлежит исключительно им; но раздел представляется наиболее справедливым способом.

И наследникам (в последнем случае) не дозволяется продать свою долю. Наследники в этом случае не вправе продать две трети дома, доставшиеся на их долю. Это согласно «Захири-Риваяту». Передают мнение Абу Юсуфа, что такая продажа законна, потому что продаваемая часть дома составляет исключительную собственность продавцов. «Захири-Риваят» основывается на том, что для легатария может возникнуть право жительства во всем доме, если впоследствии обнаружено будет после завещателя столько имущества, что стоимость дома не превысит одной трети его. Кроме того, легатарий имеет над наследниками право контроля в отношении их доли владения, так что он может воспрепятствовать им совершать сделки, могущие нанести ущерб его доле.

Отказ становится ничтожным вследствие смерти легатария. Если легатарий умрет до истечения установленного срока узуфрукта, то отказанный ему предмет немедленно возвращается к наследникам завещателя, ибо отказ был сделан с целью предоставить легатарии выгоду в имуществе завещателя; но если бы предмет перешел к наследникам легатария, то это значило бы, что они имеют право на пользование имуществом завещателя без его согласия, что противно закону. Если легатарий умрет при жизни завещателя, то отказ ничтожен, ибо принятие его зависит от смерти завещателя.

Отказ произведений известного предмета не дает легатарии права на личное пользование самим предметом. Если кто-либо отказывает произведения¹ своего дома или своего раба Заиду, то, по мнению некоторых, Заид имеет право сам проживать в означенном доме или пользоваться рабом для личных услуг, потому что эквивалент пользования фактически равносителен самому пользованию, поскольку относится к осуществлению цели завещателя. Однако, по более основательному мнению, это незаконно, ибо отказ произведений есть отказ денег, так как именно деньги составляют доход; между тем как жительство или услуги составляют извлечение выгоды из пользования и действие их в отношении наследников различно. Если бы впоследствии оказался долг, не уплаченный завещателем, то таковой мог бы быть уплачен путем возвращения легатарием арендной платы, что не может иметь места, если легатарий пользуется самим домом.

Равно отказ пользования не дает ему права отдать дом внаймы. Легатарий, которому отказан узуфрукт раба или дома, не вправе отдать их внаймы. Имам Шафии утверждает, что он имеет полное право на это, потому что в силу отказа становится как бы собственником отказанного предмета и как таковой он вправе передать этот предмет за известное вознаграждение или безвозмездно, так как узуфрукт (по его мнению) равносителен праву собственности. Другое дело — ссуда: это есть просто дозволение пользоваться предметом, а не предоставление права. Доводы наших ученых по этому предмету — двоякого рода. Во-первых, отказ есть безвозмездное наделение имуществом, отнесенное ко времени смерти завещателя, а потому легатарий не имеет права передать имущество даже безвозмездно в виду аналогии с ссудою, ибо ссуда, по мнению наших ученых, есть безвозмездное предоставление пользования имуществом при жизни ссудодателя, и ссудополучатель не вправе отдать внаймы ссуженную вещь (так как наем есть возмездное предоставление пользования). Так и в рассматриваемом случае. Доказательством сего служит то, что возмездное предоставление есть отношение строгое и связывающее, между тем как безвозмездное предоставление есть отношение слабое и не связывающее; а лицо, не имеющее права на более слабое, не имеет права на более сильное. Отказ же, как безвозмездный акт, есть отношение слабое и не связывающее. При безвозмездных сделках лицо, предоставляющее что-либо, может отступить, а не противная сторона; но так как в случае отказа лицом предоставляющим является завещатель и он не может отступить

¹ Под употребленным здесь термином «произведение» следует понимать заработок или наемную плату раба, или арендную плату за дом и т.п.

после своей смерти, то не допускается возможности отмены отказа; все-таки, в виду того, что отказ по природе своей не имеет принудительного и твердого характера, легатарий не вправе отказать отказанный ему в виде узуфрукта предмет внаймы, ибо наем, как договор меновой, имеет принудительный и твердый характер. Во-вторых, узуфрукт (по мнению наших ученых) не есть имущество; но предоставление узуфрукта над имуществом по необходимости придаст ему характер ценности ради установления равенства между предметами, противостоящими друг другу при обмене. Но такой характер узуфрукт имеет лишь в отношении такого лица, которое является собственником узуфрукта как принадлежности в качестве собственника самого имущества или на основании двустороннего договора и которое, следовательно, имеет право передать имущество другому таким же способом, каким оно само получило это имущество. Но когда лицо, приобретшее узуфрукт, безвозмездно и первоначальным способом (то есть не предоставляя со своей стороны ничего) затем передает его другому лицу за вознаграждение, то отсюда следует, что оно делает другое лицо собственником предмета в сильнейшей степени, нежели оно само было таковым; а это незаконно.

Отказ пользования рабом не дает легатариию права увести его в другой город, если семья его не живет там. Если кто-либо отказывает другому своего раба, то легатарий не вправе увести раба из города, где жил завещатель, если его собственная семья не живет в другом городе, в каковом случае он может увести его туда, если только стоимость его не превышает трети имущества завещателя. Это основано на том, что отказ должен быть исполнен согласно с намерением завещателя; а в случае, когда семья легатария живет в том же городе, в котором жил завещатель, намерение его заключается в том, чтобы легатарий там же и пользовался услугами раба, не подвергая его тревогам путешествия в другое место. С другой стороны, когда семья легатария живет в другом городе, то намерение завещателя состоит в том, чтобы легатарий увел раба туда, чтобы семья его могла пользоваться услугами раба, не подвергая себя тревогам пути в место жительства завещателя ради пользования этою выгодою.

Отказ годового дохода, если стоимость предмета превышает треть имущества завещателя, не дает легатариию права на получение этого предмета во владение. Если кто-либо оставит другому годовой доход своего раба или дома и он не имеет другого имущества, кроме этого раба или дома, то легатарий получает одну треть годового дохода, ибо доход, составляя имущество, может быть делим. Посему, если бы легатарий потребовал от наследников раздела дома для того, чтобы самому собирать доход со своей доли (одной трети), то такое требование не подлежало бы удовлетворению. Правда, Абу Юсуф, по одному преданию, придерживается противоположного мнения. Он доказывает, что легатарий есть соучастник наравне с наследниками; а соучастник имеет право требовать раздела общего имущества. На это следует ответить, что право соучастников вытекает из того, что им принадлежит собственность над самим предметом, между тем как легатариию принадлежит лишь собственность над доходом от предмета, следовательно, он не имеет права требовать раздела.

При отказе пользования предметом одному лицу, а самого предмета — другому легатарий узуфрукта имеет только право на пользование в течение указанного времени.

Если кто-либо откажет личность своего раба Заиду, а услуги его — Омару и стоимость раба не превышает трети имущества завещателя, то личность его принадлежит Заиду, а его услуги — Омару: завещатель отказал каждому легатарию определенный предмет и каждый имеет право на отказанное ему. Если бы личность раба не была отказана (причем отказ узуфрукта во всяком случае был бы действителен), то она принадлежала бы наследникам, в то время как услуги раба принадлежали бы легатарию; равным образом услуги его принадлежат легатарию узуфрукта, когда завещатель отказал личность его другому, ибо отказ имеет сходство с наследованием; так что право собственности на вещь устанавливается после смерти завещателя в обоих случаях.

Если отказ предмета одному лицу, а принадлежности его — другому выражен совместно, то второй легатарий не имеет права ни на что. Если кто-либо отказывает свою рабу одному лицу, а младенца в ее утробе — другому, или кольцо — одному, а вставленный в него камень — другому, или кожаный мешок, содержащий финики, одному, а финики — другому и отказанный предмет не превышает трети его имущества, то первый легатарий получает отказанное ему, но легатарий принадлежности предмета не имеет права ни на что. Это — в том случае, когда второй отказ непосредственно связан в одном предложении с первым. Но если они произнесены отдельно (как, например, если завещатель сперва скажет: «Я отказываю свою рабу Заиду», а затем, помолчав, добавит: «Я отказываю младенца, которым она беременна, Омару»), то последствия, по Абу Юсуфу, те же, какие указаны выше; между тем как имам Мухаммад утверждает, что рабу получает первый легатарий, а ребенок ее делится поровну между обоими (и то же правило применяется в случае с кольцом и мешком). Абу Юсуф доказывает, что так как завещатель сперва отказал рабу, а затем младенца в ее утробе, то отсюда можно заключить, что предметом его первого отказа была одна раба, второй же отказ служил только разъяснением первого, каковое разъяснение допускается независимо от того, содержится ли оно в том же предложении или нет, ибо отказ не обязателен раньше смерти завещателя, и его разъяснение, сделанное совокупно или отдельно, есть одно и то же так же¹, как в случае, когда кто-либо сперва откажет личность своего раба одному лицу, а затем услуги его — другому: здесь легатарий личности раба не есть соучастник легатария узуфрукта в отношении пользования услугами раба. Имам Мухаммад доказывает, что слово «кольцо» включает в себе как камень, так и ободок, равным образом слово «раба» включает в себе как самое рабу, так и младенца в ее утробе, а слово «мешок» включает в себе как мешок, так и его содержимое. Посему, что касается камня в кольцо, ребенка и содержимого в мешке, то здесь имеется два различных отказа в пользу двух разных лиц, ввиду чего оба легатария являются участниками в обоих отказах. Равно второй отказ не отменяет первого и случай здесь фактически представляется таким же, как если бы кто-либо сперва отказал, например, кольцо одному лицу, а затем то же кольцо — другому: здесь второй отказ не отменяет первого, но оба легатария становятся собственниками кольца в рав-

¹ Другими словами: «он волен в любое время после совершения отказа изменить его или дополнить».

ных частях. Так и в рассматриваемом случае. Другое дело, когда кто-либо откажет личность своего раба одному, а затем собственность над ним — другому, так как слово «раб» не заключает в себе услуги этого раба. Другое также дело, когда второй отказ непосредственно связан с первым: в этом случае целое составляет как бы одно предложение, свидетельствующее о намерении завещателя, чтобы, например, кольцо досталось одному лицу, а камень — другому.

Отказ плодов сада относится только к имеющимся налицо плодам, если не выражено противного. Если кто-либо откажет кому-либо «плоды своего сада», то легатарий получает плоды, действительно находящиеся налицо в момент смерти завещателя, а не те, которые произрастут впоследствии. Однако если завещатель говорит: «Я отказываю плоды моего сада в постоянное пользование такому-то», то легатарий имеет право на плоды, существующие тогда, равно как и на те, которые впоследствии вырастут в течение его жизни. Но если завещатель откажет произведения своего сада (не плоды), легатарий имеет право на наличные произведения и на все то, что может быть собрано с сада до его смерти, хотя бы слово «постоянный» и не было употреблено. Так как слово «плод» в обыкновенном его смысле означает вещь, произрастающую в настоящее время, то оно не может быть применено к тому, что еще не начало произрастать, если положительно не выражено противного; между тем как под произведениями в обыкновенном значении этого слова подразумевают не только то, что существует в настоящее время, но и то, что может последовательно возникнуть впоследствии; а посему включение того, что может произрасти после смерти завещателя, не зависит от употребления известного выражения или термина.

Отказ произведений животного относится только к наличным произведениям во всех случаях. Если кто-либо откажет шерсть от овцы, или ее молоко, или детеныша, а затем умрет, то легатарий имеет право на то, что находится в наличности (из этих предметов) в момент смерти завещателя, а не на то, что может произойти впоследствии, хотя бы было употреблено слово «постоянный», так как слово «шерсть» и т.д. не относится к тому, что еще не произрастает. Другое дело — плоды (хотя и это слово в его обыкновенном значении относится лишь к тому, что действительно существует, но отказ несуществующих плодов тем не менее действителен), ибо предусмотренные договоры¹ (каковы садоводство и наем) в отношении несуществующих плодов по закону действительны; отсюда следует, что слово «плоды» в связи с упоминанием о постоянстве относится также к тому, чего не существует, и что отказ такового действителен. Другое дело — шерсть, молоко или детеныш овцы. Так как в отношении этих несуществующих предметов нет предписанных договоров, то отказ таковых недействителен, в противоположность тому, что существует, ибо это может стать предметом действительного договора (например, хуля и т.п.).

¹ Предусмотренные договоры — это те, которые дозволены и освящены Кораном и относительно действительности которых, посему, не может быть сомнения.

*Глава VI***О РАСПОРЯЖЕНИЯХ ЗИММИЕВ**

Церковь или синагога, основанная лицом здоровым, переходит к наследникам основателя. Если еврей или христианин, пользуясь здоровьем, построят церковь или синагогу, а затем умрут, то такая постройка составляет предмет наследования, по мнению всех наших ученых. Абу Ханифа полагает, что такого рода постройка имеет то же значение, что и вакуф, или благочестивое пожертвование, которое, по его учению, не безусловно, но переходит к наследникам основателя. Оба ученика полагают, что все такие постройки греховны по самой природе, ввиду чего они недействительны (как публичное учреждение), а потому переходят к наследникам (как и всякое другое имущество завещателя).

Если дом отказан для учреждения в нем неправоверной моельни, то он и отдается под нее. Если еврей или христианин выразит желание, чтобы «после его смерти его дом был превращен в синагогу или в церковь для такого-то племени», то отказ действителен, по мнению всех наших ученых, и вступает в силу в отношении одной трети имущества завещателя, ибо отказ имеет две отличительные черты: назначение преемника и действительное наделение имуществом; а завещатель имеет право на то и на другое.

Независимо от того, будет ли указан определенный легатарий или нет. Если еврей или христианин выразит желание, чтобы «его дом был превращен в церковь или синагогу для известной секты», не указывая, какой именно, по Абу Ханифе, отказ действителен. По мнению обоих учеников, напротив, он недействителен, ибо этого рода акт в действительности греховен, хотя бы он казался завещателю благочестивым; а отказ с греховною целью ничтожен, так как исполнение его являлось бы утверждением греха. Абу Ханифа доказывает, что основание церквей или синагог считается этими лицами актом благочестия; а так как нам предписано не препятствовать им в действиях, согласных с их верою, то посему отказ законен согласно их вере.

Возражение. Какая разница между построением церкви или синагоги в состоянии здоровья и распоряжением о постройке путем отказа, что Абу Ханифа считает эти постройки предметом наследования в первом случае, но не во втором?

Ответ. Разница следующая: для погашения права собственности строителя недостаточно одного факта постройки, но необходимо исключительное посвящение постройки на службу Богу, как в случае постройки мечетей мусульманами; а так как моельни неправоверных, без сомнения, не посвящены Богу, то они остаются собственностью основателя и, следовательно, наследственны (наравне с другим его имуществом); между тем как отказ делается именно с целью погасить право собственности. Отказы зиммиев бывают четырех родов¹:

¹ Установленные здесь различия относятся только к отказам с определенной целью.

I. Отказы, сделанные с целью, по их вере, благочестивою, но не считающиеся таковою по мусульманской вере, каковы постройка церкви или синагоги, или убой свиней для продовольствия бедных, принадлежащих к их секте. Абу Ханифа считает такие отказы действительными согласно вере завещателя; оба же ученика считают их недействительными, так как они греховны.

II. Отказы, сделанные с целью, считающеюся благочестивою у мусульман, но не у зиммиев, каковы постройка мечети, паломничество в Мекку или возжение лампы в мечети. В таких случаях отказ недействителен согласно вере завещателя, по мнению всех наших ученых, если только он не учинен в пользу известных лиц: тогда он действителен, потому что при таких обстоятельствах является предоставлением собственности, ибо упоминание о «постройке мечети» и т.д. рассматривается лишь в качестве совета. Другими словами — как если бы завещатель отказал свое имущество известным лицам, советуя им построить с помощью его мечеть.

III. Отказы, сделанные с целью, считающеюся благочестивою как мусульманами, так и зиммиями, каковы возжение лампы в священном храме в Иерусалиме или ведение войны против неверных татар¹. Такие отказы действительны независимо от того, сделаны ли они в пользу известных лиц или нет.

IV. Отказы, сделанные с целью, не считающеюся благочестивою ни зиммиями, ни мусульманами, каковы содержание певцов и непотребных женщин. Такие отказы недействительны как греховные, если только они не сделаны в пользу известных лиц, в каковом случае действительны.

Отказ, сделанный лицом чувственным или вольнодумцем, имеет то же значение, что и отказ правоверного мусульманина, если только они не впадают в открытое вероотступничество. Лицо чувственное или вольнодумец², если только они не впадают в открытое вероотступничество, в отношении отказов сравнены с лицом верующим, ибо закон обращает внимание только на их внешнюю принадлежность к мусульманской религии; но если они доходят до открытого вероотступничества, то в отношении сделанных ими отказов существует разногласие (так же, как в отношении всех других сделок таких лиц). Абу Ханифа полагает, что их отказ остается в неопределенном положении и становится действительным при раскаянии их или ничтожным — после их смерти или изгнания; а оба ученика утверждают, что отказ во всех отношениях действителен.

Отказ вероотступницы действителен. Отказ, сделанный вероотступницею, действителен. Это несомненно, ибо женщины в таких случаях предоставляются сами себе, а не подвергаются смертной казни, подобно мужчинам.

Мустамин может отказать все свое имущество. Если мустамин отказывает все свое имущество мусульманину или зиммию, то это действительно, ибо отказ всего иму-

¹ Куфрал-Турк — имя, дававшееся прежде разбойничьим шайкам, действовавшим в северных провинциях Персии.

² Вольнодумец или сектант, поборник новых и крайних мнений в делах веры.

щества считается незаконным только во внимание к праву наследников завещателя (вследствие чего, при их согласии, отказ законен); но наследники мустамина не обладают никаким защищаемым правом, они как бы умерли в отношении мусульманского государства, ибо находятся в неприятельской стране. Притом же имущество мустамина охраняется только в силу покровительства, получаемого им от государства, каковым покровительством он пользуется только относительно своего права, но не относительно права своих наследников.

Но если он отказывает лишь часть, то остальное передается его наследникам. Если мустамин отказывает часть своего имущества, то отказ его исполняется согласно воле завещателя, а остаток передается наследникам несмотря на проживание их в неприятельской стране, ибо таков закон в отношении мустаминов.

Отпущение на волю, или тадбир, дарованное им на смертном одре, вступает в силу в полном объеме. Если мустамин на смертном одре освобождает своего раба или делает его мудаббаром в мусульманской стране, то это действительно, и раб согласно сему становится свободным несмотря на то, что стоимость его превышает треть имущества его хозяина, ибо отказ свыше трети имущества считается незаконным только во внимание к праву наследников завещателя; но наследники мустамина не имеют защищаемого права.

Отказ в пользу мустамина действителен. Если мусульманин или зиммий делают отказ в пользу мустамина, то таковой действителен. Мустамин, пока живет в мусульманской стране, рассматривается в качестве зиммия; а так как оказывать благодеяния и проявлять благосклонность в отношении зиммиев разрешается мусульманам при жизни, то разрешается также распространить эти действия и на время после их смерти. (Передают мнение Абу Ханифы и Абу Юсуфа, что отказы в пользу мустаминов незаконны ввиду намерения их возвратиться в свою страну, а также потому, что мусульмане не разрешают им пребывание в стране более года, если они не подчинятся платежу поголовного налога. Однако первое мнение более основательно).

Отказы, делаемые зиммием, подлежат тем же ограничениям, как и отказы мусульман. Если зиммий откажет более трети своего имущества постороннему лицу или наследнику, то это недействительно, ибо противно мусульманскому закону, с которым они согласились сообразоваться во всех мирских делах.

Он может сделать отказ в пользу неправоверного другой секты. Если зиммий сделает отказ в пользу неправоверного другого толка, то это законно ввиду аналогии между отказом и наследством, почему все лица, не следующие истинной вере, считаются принадлежащими к одному классу.

Не враждебного мусульманам. Если зиммий, живущий на мусульманской земле, сделает отказ в пользу враждебного иноземца, то таковой недействителен, ибо между ними не существует наследственной связи ввиду различия стран; отсюда следует, что отказ со стороны одного в пользу другого не имеет силы, так как отказ подобен наследованию.

*Глава VII***О ДУШЕПРИКАЗЧИКАХ И ИХ ВЛАСТИ**

Душеприказчик, принявший назначение в присутствии завещателя, не вправе затем отвергнуть таковое. Если кто-либо назначает другого своим душеприказчиком, то этот последний волен принять или отклонить назначение в присутствии завещателя, ибо никто не вправе принудить другого принять на себя его дела. Но если душеприказчик принимает назначение в присутствии завещателя, а затем в отсутствии его или после его смерти откажется, то такой отказ не допускается, ибо завещатель положился на его согласие; и посему, если бы душеприказчик вправе был отказаться от своих обязанностей в отсутствии или после смерти завещателя, то последний неизбежно был бы введен в обман.

Если он молчит, то сохраняет за собою право отказа. Если кто-либо назначит другое лицо своим душеприказчиком и этот последний хранит молчание, не выражая ни принятия, ни отказа, то он волен после смерти завещателя принять или отвергнуть назначение по своему усмотрению.

Но всякое действие, свидетельствующее о принятии, обязывает его исполнить поручение. Но если кто-либо при таких обстоятельствах непосредственно после смерти завещателя распорядится частью его имущества путем продажи, то такого рода действие составляет ясное доказательство принятия и посему исполнение обязанностей душеприказчика становится для него обязательным. Притом продажа действительна несмотря на то, что душеприказчик в то время не считал себя таковым, ибо его душеприказчество (подобно наследованию, так как отказ есть вид преемства, подобно наследованию) не зависит от его сознания; а так как он — душеприказчик, то совершенная им продажа действительна.

Отвергнув назначение после смерти завещателя, он все-таки может принять таковое, если тем временем власти не назначат душеприказчика. Если кто-либо назначил кого-либо своим душеприказчиком и назначенное лицо хранит молчание до смерти завещателя, а затем отвергнет назначение, впоследствии же объявит, что принимает его, то такое принятие действительно, если казий тем временем не устранил его и не назначил другого ввиду его первого заявления, ибо отказ назначенного лица не уничтожает непосредственно назначения, так как это нанесло бы ущерб умершему; и хотя продолжение действия этого назначения соединено с ущербом и беспокойством для душеприказчика, но за то за ним остается заслуга, служащая эквивалентом невыгоды, между тем как ущерб для умершего ни чем не вознаграждается. Посему душеприказчество продолжается. Если, однако, казий устранил его, то постановление его действительно, так как ему принадлежит власть устранять неудобство, которому душеприказчики часто подвержены и которое может сделать продолжение действия назначения убыточным для них. Посему казий для устранения этого неудобства может освободить душеприказчика от назначения и назначить на его место другого для распоряжения имуществом, предупреждая, таким образом, ущерб как для душеприказчика, так и для умершего. Если душеприказчик, будучи устранен ка-

зием, заявит о своей готовности принять на себя душеприказчество, то такое заявление не допускается и остается без последствий, так как здесь согласие заявлено после окончательного уничтожения его назначения по постановлению казия.

Когда назначены раб, отверженное лицо или неправовверный, то казий должен назначить вместо него другого. Завещатель может назначить раба, отверженное лицо или неправовверного своим душеприказчиком, но казий обязан уничтожить такое назначение и назначить другое лицо ввиду неудобств, могущих возникнуть при утверждении назначения завещателя в этих случаях, ибо раб не мог бы действовать без полномочия своего хозяина; отверженное лицо могло бы быть заподозрено в обмане, а поручать эту должность неправовверному опасно, так как неприязнь, которая предполагается в каждом неправовверном относительно мусульман из-за веры, может заставить его относиться пренебрежительно к своим обязанностям. Посему отмена таких назначений обязательна для казия, несмотря на первоначальную действительность их.

Назначение раба завещателя недействительно, если некоторые из наследников достигли совершеннолетия; но не в противном случае. Если кто-либо назначает своего раба своим душеприказчиком, имея совершеннолетних наследников, то это недействительно, ибо такие наследники могут воспрепятствовать рабу исполнить свои обязанности путем продажи своей собственности на него другому лицу, лишив его таким образом способности действовать без согласия покупателя. Если, напротив, все наследники малолетние, то, по Абу Ханифе, назначение действительно. Оба ученика утверждают, что оно недействительно (и это согласно с аналогией), потому что рабство несовместимо с пользованием властью, а также потому, что отсюда следовало бы, что собственность господствует над собственником, что противно закону. Абу Ханифа доказывает, что раб — в здравом уме и совершеннолетен, а потому способен исполнить такое поручение. Равным образом никто не может воспрепятствовать ему в том, ибо наследники, хотя они его хозяева, не могут, однако, воспользоваться своею властью ввиду своего малолетства. Так как, сверх того, умерший назначил его своим доверенным, то отсюда можно заключить, что любовь и внимание раба к наследникам были сильнее расположения к ним других лиц. Посему это назначение действительно, как назначение мукатаба. Другими словами, если завещатель назначит своего мукатаба своим душеприказчиком, то назначение действительно. Так и в рассматриваемом случае.

В случае неспособности душеприказчика казий должен назначить ему помощника. Если душеприказчик не способен исполнить своей обязанности, то казий обязан присоединить к нему другое лицо, чтобы обязанности его были надлежащим образом исполнены.

Но он не должен делать этого по заявлению самого душеприказчика о своей неспособности без надлежащего исследования. Если душеприказчик заявляет казию о своей неспособности исполнить обязанности своей должности, то казий должен предварительно установить справедливость этого заявления, так как этого рода просители часто говорят неправду с целью облегчить свои обязанности. И если казий по надлежащем исследовании обнаружит, что душеприказчик совершенно неспособен, то

он должен освободить его, так как это выгодно как для душеприказчика, так и для наследственного имущества.

И если он окажется вполне способным, то не может быть устранен. Если душеприказчик вполне способен исполнить обязанности своей службы и достоин доверия, то казий не вправе устранять его, потому что всякое лицо, которого казий назначит вместо него, будет менее подходяще, так как умерший именно избрал первого и оказал ему свое доверие. Посему он должен быть предпочтен всем другим, даже отцу завещателя, несмотря на предполагаемую в нем любовь к умершему, а тем более другим.

Он не может быть устранен по жалобе наследников, если вина его не установлена. Если все наследники или часть их принесут жалобу на душеприказчика, казий все-таки не должен тотчас же устранить его прежде установления его вины, так как он действует в силу власти, предоставленной ему умершим. Но если он окажется виновным, то казий должен устранить его и назначить на его место другого, ибо умерший назначил его душеприказчиком, предполагая его достойным доверия; но, оказавшись виновным, он уже не достоин доверия, так что, если бы завещатель был жив, он сам устранил бы его; а так как после смерти он не в состоянии сделать этого, то казий должен принять это на себя в качестве заменяющего умершего лица.

Двое совместно назначенных душеприказчиков не могут действовать один без другого. Если кто-либо назначит двоих душеприказчиков, то, по имамам Абу Ханифе и Мухаммаду, ни один из них не вправе действовать без другого, за исключением известных случаев, о которых сказано будет ниже. Абу Юсуф того мнения, что во всех случаях каждый из них может действовать без другого, ибо душеприказчик наделен властью действовать по воле завещателя; а так как такая власть освящена законом и неделима¹, то он пользуется этою властью в полном объеме, так же, как полная власть отдать несовершеннолетнюю сестру в замужество принадлежит каждому из ее братьев в отдельности. (Это основано на том, что душеприказчество есть преемство, которое не может быть иначе установлено в отношении душеприказчика, как если власть завещателя перейдет к нему в такой же степени, в какой она принадлежала завещателю, то есть в полном объеме). Притом же назначение завещателем двух лиц душеприказчиками доказывает особую преданность каждого его интересам, каковая преданность равносильна кровной связи двух братьев в случае отдачи несовершеннолетней их сестры в замужество. Доводы Абу Ханифы в подкрепление его мнения — двоякого рода. Во-первых, так как власть душеприказчика основана на воле завещателя, то ею следует пользоваться как предписано; а в данном случае завещатель вверил эту власть обоим душеприказчикам с тем, чтобы они были связаны в одном поручении, ибо он не выразил положительно, чтобы они действовали иначе как совместно. Притом такое условие выгодно, так как обсуждение дела двумя лицами более надежно, чем усмотрение одного. Другое дело, если двое душеприказчиков — братья: в случае отдачи в замужество несовершеннолетней их сестры (приведенном Абу Юсуфом) основанием их власти является родство, которое в одинаковой степе-

¹ То есть ею нельзя пользоваться частично.

ни существует для каждого из них; вступление в замужество есть право несовершеннолетней, осуществляемое ее опекуном (так что, если она требует от опекуна, чтобы он отдал ее замуж за равное ей по состоянию лицо, нравящееся ей, он должен дать свое согласие); между тем право распоряжения имуществом принадлежит самому душеприказчику, а не другому лицу, за которое он действует. Если один из братьев заключает брачный договор своей несовершеннолетней сестры, то он исполняет лишь обязанность, лежащую на другом брате, а посему действие его законно; между тем как в случае душеприказчества, если один действует независимо от другого, то он пользуется правом, принадлежащим другому, и посему действие его незаконно.

За исключением дел, требующих немедленного исполнения. Случаи, для которых имамы Абу Ханифа и Мухаммад сделали исключение, считая в них акты каждого душеприказчика в отдельности действительными, это те, в которых требуется немедленное исполнение. Так, каждый душеприказчик в отдельности может уплатить издержки на погребение, потому что здесь отсрочка может повести к вредным последствиям, ввиду чего подобным же правом наделены и соседи. Равным образом каждый из душеприказчиков в отдельности может купить съестные припасы и одежду для малолетних детей завещателя, потому что это есть дело, не терпящее отлагательства.

Или являющихся по природе своей обязательными. Каждый из душеприказчиков вправе возвратить поклажу, захваченный в незаконное владение предмет или вещь, купленную завещателем по недействительному договору. Далее, законны все действия одного из душеприказчиков, клонящиеся к охране имущества завещателя и уплате его долгов, ибо ни одно из этих действий не составляет пользования властью, а есть лишь исполнение обязанности, так что поклажедатель сам имеет право взять и унести свою вещь, если найдет ее между вещами умершего, и подобное же право имеет кредитор в отношении долга. Кроме того, всякий, в руках которого находится чужое имущество, обязан заботиться о сохранении его, каковые действия подходят под понятие помощи и содействия, а не пользования властью; притом же ни одно из этих действий не требует обсуждения. Равным образом каждый из душеприказчиков в отдельности имеет право сделать выдачу или освободить раба по распоряжению завещателя, ибо такие акты не требуют обсуждения.

Или сопряженных с интересом или выгодой для государства. Каждый из них может предъявить иск в защиту прав завещателя, потому что общее действие обоих сопряжено с неудобствами: если бы они одновременно предъявили иск в заседании казая, то это произвело бы шум и беспорядок (ввиду чего только одному из двух представителей в тяжбном деле дозволяется говорить в одно время). Принятие дара равным образом есть акт, который каждый из них может совершить в отдельности, ибо в случае замедления представляется возможность уничтожения дарения смертью дарителя до овладения даром со стороны одаренного. Притом, так как эти действия дозволены матери или кормилице, то это доказывает, что они не составляют пользования властью. Каждому из душеприказчиков в отдельности дозволено продавать имущество, когда ему грозит порча, как, например, плодам и т.п., а также собирать и сохранять рассеянное имущество завещателя, так как замедление может повести к утрате

его; притом же это дозволено всякому лицу, в руки которого достанется имущество, откуда можно заключить, что это не составляет пользования властью. (В «Джами-ус-Сагире» говорится, что ни один из душеприказчиков, если их более одного, не имеет в отдельности права продавать имущество или получать платеж долгов, ибо это составляет пользование властью, которою душеприказчики должны пользоваться сообща согласно воле и намерению завещателя).

Случай назначения завещателем разных душеприказчиков в разное время. Если кто-либо назначает двух душеприказчиков, каждого в отдельности (например, сказав сперва одному: «Я назначил тебя своим душеприказчиком», а затем в другое время другому: «Я назначил тебя своим душеприказчиком»), то, по мнению одних, каждый из них имеет самостоятельное право исполнять обязанности своего назначения, не советуясь с другим, так же, как два представителя, когда они назначены каждый особо. Это основано на том, что завещатель, назначая обоих отдельно, выражает согласие на действие каждого по своему усмотрению, без помощи или совета другого. Другие, напротив, говорят, что относительно этого случая существует разногласие между имамами Абу Ханифой и Мухаммадом, с одной стороны, и Абу Юсуфом — с другой: посмертное распоряжение вступает в силу лишь после смерти завещателя, а в это время оба являются душеприказчиками несмотря на то, что каждый назначен отдельно. Другое дело — два представителя, назначенных отдельно: назначение каждого из них остается отдельным и самостоятельным, как установлено представляемым.

В случае смерти одного из совокупных душеприказчиков казий должен заменить его другим. Если один из двух душеприказчиков умрет, то казий обязан назначить другого на его место. Таково мнение имамов Абу Ханифы и Мухаммада. Остающийся душеприказчик не имеет власти действовать единолично во всех случаях, посему интерес умершего требует назначения другого душеприказчика для совместного действия. И таково же мнение Абу Юсуфа. Хотя остающийся душеприказчик (по его мнению) имеет право действовать один, все-таки казию следует назначить его товарища, ибо завещатель, очевидно, имел намерение оставить двух преемников для ведения его дел; а так как это намерение может быть осуществлено назначением другого душеприказчика на место умершего, то таковой и должен быть назначен.

Если умерший не назначил себе сам преемника. Если умерший душеприказчик поручил оставшемуся в живых действовать за него, то последний (по «Захири-Риваяту») вправе действовать один и казий не обязан назначать другого вместо умершего, ибо рассудок умершего душеприказчика как бы продолжает существовать в оставшемся в живых по преемству. (Существует предание, что Абу Ханифа оспаривал это учение ввиду противоречия его намерению завещателя, именно — представительству двух лиц, в противоположность случаю, когда умирающий душеприказчик назначает постороннее лицо своим преемником. Такое назначение действительно, так как при нем сохраняется выгода обсуждения дел двумя разными лицами, что составляло намерение завещателя).

Душеприказчик душеприказчика есть его заместитель в делах. Если душеприказчик до своей смерти назначит другое лицо своим душеприказчиком, то это лицо вправе

действовать в качестве душеприказчика как его, так и того лица, душеприказчиком которого был умерший. Таково мнение наших ученых. Имам Шафии утверждает, что назначенное таким образом лицо не вправе действовать в качестве душеприказчика лица, умершего раньше, ввиду аналогии между его назначением и представительством. Другими словами, если кто-либо при жизни назначит себе представителя, то последний не вправе передать свои полномочия другому лицу без согласия представляемого. (Причина аналогии между этими двумя случаями та, что как представляемый, по предположению, доверяет представителю, и только ему одному, так же, можно предположить, поступал и завещатель в отношении душеприказчика). Доводы наших ученых по этому предмету — двоякого рода. Во-первых, душеприказчик получает свою власть от завещателя, а потому он вправе назначить себе преемника, как в случае с дедам. Другими словами, отец имеет право заключить брачный договор относительно своих детей, каковое право переходит к его отцу после его смерти, и дед имеет власть назначить представителя для заключения брачного договора. Равным образом душеприказчик вправе назначить другого душеприказчика, так как власть, принадлежащая завещателю, переходит на его душеприказчика подобно тому, как власть отца устроить брак своих детей переходит на деда. Притом как дед заменяет отца в отношении власти, которая переходит к нему, так и душеприказчик заменяет завещателя, ибо назначение душеприказчика фактически есть назначение завещателем преемника в делах, на которые он сам имеет право; а так как душеприказчик в момент своей смерти имел власть над обоими имуществами (своим собственным и имуществом завещателя), то отсюда следует, что второй душеприказчик (то есть назначенный им) есть его заместитель в отношении обоих имуществ. Во-вторых, так как завещатель обратился к помощи душеприказчика несмотря на то, что знал о возможности его смерти до осуществления данного ему поручения, то отсюда можно заключить, что он был согласен на то, чтобы его душеприказчик назначил другого. Другое дело — представитель: он не вправе назначить другое лицо своим представителем без согласия представляемого, ибо последний находится в живых и может сам осуществить свое намерение, а потому нельзя предполагать, что он согласен на назначение его представителем другого представителя за себя.

— **Душеприказчик вправе вступить во владение долями малолетних или отсутствующих совершеннолетних наследников от их имени.** Если душеприказчик при наличии легатариев отделяет имущество завещателя от сделанных им отказов за счет его наследников, которые малолетние или отсутствуют, и вступает во владение их долями, то это законно, ибо наследник есть преемник умершего; а так как и душеприказчик есть его преемник, то он является законным поборником права малолетних или отсутствующих наследников и может, следовательно, учинить раздел и вступить во владение их частями от их имени, так что, если эти части погибнут в их руках, они все-таки не вправе участвовать вместе с легатариями в том, что осталось в пользу последних после такого раздела.

— **Но не отказами, сделанными в пользу малолетних или отсутствующих легатариев.** Если, напротив, душеприказчик при наличии совершеннолетних наследников отделит отказы от имущества и вступит во владение ими от имени малолетних или

отсутствующих легатариев, то это незаконно, ибо легатарий не есть преемник завещателя, становится собственником по новому и привходящему основанию. А так как душеприказчик не является поборником его прав, то вступление во владение долей легатария незаконно; и если бы отказ погиб в его (душеприказчика) руках, легатарий был бы вправе получить одну треть из того, что осталось наследникам. В этом случае душеприказчик не обязан уплатить вознаграждения, ибо он есть доверенное лицо и власть охранения имущества завещателя предоставлена ему; а потому случай здесь является таким же, как если бы утрата произошла до раздела имущества.

Отказ, назначенный для совершения паломничества, в случае утраты должен быть возмещен в размере одной трети имущества. Если кто-либо откажет известную сумму для совершения паломничества в Мекку и затем умрет, а душеприказчик отделит упомянутую сумму от доли наследников и вступит во владение ею и сумма это впоследствии будет утрачена в его ли руках или в руках лица, которому он поручил совершить паломничество, то, по мнению Абу Ханифы, одна треть остального имущества умершего должна быть употреблена на паломничество. Абу Юсуф полагает, что если утраченная сумма равнялась одной трети всего имущества, то впоследствии ничего не следует брать у наследников; если же она была менее трети, то недостающее должно быть пополнено на предмет совершения паломничества. Имам Мухаммад, напротив, полагает, что душеприказчик ни в каком случае не должен брать чего-либо от наследников, ибо назначение известной суммы для совершения паломничества составляло несомненное право завещателя, как если бы он сам отделил эту сумму на сей предмет и таковая впоследствии утратилась бы. Абу Юсуф доказывает, что треть всего имущества составляет фонд для исполнения отказа, в каковом размере он только подлежит осуществлению, но не в большем. Доводы Абу Ханифы в подтверждение его мнения по этому предмету — двоякого рода. Во-первых, цель завещателя составляла совершение паломничества, а не отделение известной суммы на этот предмет; а посему назначение или передача денег, без достижения цели, не имеет никакого значения и фактически дело представляется здесь в таком же виде, как если бы сумма эта была утрачена до раздела, в каковом случае одна треть остального имущества подлежала бы выдаче на предмет совершения паломничества. Во-вторых, раздел в отношении отказа становится совершенным и окончанным не прежде, чем часть, назначенная для совершения паломничества, будет употреблена на этот предмет, так как нет никого, кто мог бы вступить во владение ею¹. Посему, когда сумма эта не употреблена на паломничество, раздел представляется несовершенным, а случай, следовательно, является в таком же виде, как если бы упомянутая сумма была утрачена до раздела.

Отказанная вещь, будучи отделена казимем, переходит к наследникам легатария после его смерти. Если кто-либо отказывает треть тысячи дарагимов отсутствующему лицу и наследники передадут упомянутую сумму казию для выдела части отсутствующего легатария, то учиненный казимем таким образом раздел действителен ввиду действительности отказа, так что если отсутствующий впоследствии умрет до за-

¹ Другими словами, здесь нет личного легатария.

явления о принятии отказа, отказ этот, тем не менее, переходит к его наследникам. Притом же должность казия установлена ради пользы людей, чтобы он заботился об охране их прав, особенно прав умерших или отсутствующих; а так как к этим заботам принадлежит отделение и принятие частей отсутствующих лиц, то такие акты в его пользу отсутствующего действительны. И если бы принятая им доля погибла в его руках, а затем явился бы легатарий, то он все-таки не имел бы никакой претензии к наследникам.

Душеприказчик может продать принадлежащего к имуществу раба для уплаты лежащих на имуществе долгов в отсутствие кредиторов. Душеприказчик вправе для уплаты долгов умершего продать раба за сходную цену в отсутствие кредиторов. Завещатель мог бы поступить так при жизни, а потому душеприказчик имеет право на то же самое. Это основано на том, что право кредиторов простирается не на самые вещи умершего, а на стоимость их; но стоимость раба не уничтожается продажей, так как цена (которая в действительности и выражает стоимость) все-таки остается.

Если только раб не обременен долгами. Другое дело — раб, обремененный долгами: продажа его в отсутствие кредиторов недействительна, ибо их право простирается на личность раба, так как они имеют право на его заработки, каковое было бы уничтожено продажей его.

Душеприказчик, продавший предмет, оказавшийся впоследствии принадлежащим другому, ответствен перед покупщиком за полученную им цену. Если кто-либо назначит другого своим душеприказчиком, поручив ему после своей смерти продать раба и употребить цену его на благотворительные дела, и согласно сему душеприказчик продаст раба и получит его цену, которая впоследствии будет им утрачена, а раб окажется принадлежащим другому, то душеприказчик ответствен перед покупщиком за цену согласно законам о продаже; и он вправе получить вознаграждение из имущества умершего, являясь как бы деятелем за его счет. Это вознаграждение, по Абу Ханифе, он должен получить из всего имущества; и то же говорится в «Захири-Риваяте». Напротив, передают мнение имама Мухаммада, что он должен вознаградить себя из трети имущества, так как распоряжения умершего носили характер отказа, а треть имущества составляет фонд для исполнения отказов. Учение «Захири-Риваята» основано на том, что так как душеприказчик, продавая раба, был введен в заблуждение завещателем, то платеж, произведенный им покупщику, составляет долг завещателя; а долги удовлетворяются из всего имущества, а не из трети. Другое дело, если бы казий или его амин продал раба, оказавшегося впоследствии чужою собственностью. В этом случае названные должностные лица не ответственны и покупщик непосредственно обращает свою претензию за потерянную цену на имущество завещателя; иначе врата правосудия были бы закрыты и, следовательно, потерпели бы права людей, ибо никто не пожелал бы стать казием, если бы он не был свободен от ответственности. Следует заметить, что сказанное здесь: «Душеприказчик получает вознаграждение из имущества умершего» предполагает, что имущества этого достаточно для упомянутой цели. Если бы его не доставало, то он имеет право на вознаграждение лишь в возможно большем размере, а если бы у умершего вовсе не

было имущества, то душеприказчик (подобно другим кредиторам) не имеет иска о вознаграждении.

Но если таковая утрачена, он может вознаградить себя из доли того лица, которому предмет этот достался в наследство. Если душеприказчик продаст раба, доставшегося на долю ребенка умершего, и получит цену, которая впоследствии будет им утрачена, а раб окажется принадлежащим другому, то покупатель может требовать уплаченную цену обратно от душеприказчика, который вправе вознаградить себя из доли ребенка, за счет которого действовал; а этот последний может получить эквивалент из долей других наследников, ибо после того, как раб окажется принадлежащим другому лицу, раздел наследства в первоначальном своем виде уничтожается и случай фактически представляется таким же, как если бы раба никогда не существовало или он был засчитан в сумму наследства.

Душеприказчик может принять перевод долга в пользу своего малолетнего опекаемого. Если лицо, состоящее должным сироте, совершает перевод долга на другое лицо, то душеприказчик (опекун сироты) вправе принять перевод, если только это соответствует интересам сироты, ввиду того, что лицо, на которое долг переведен, богаче лица, переведшего его, и есть лицо честное, ибо душеприказчик наделен властью действовать лишь в пользу сироты; но если переведший долг богаче другого, то принятие перевода не допускается, так как клонится к вреду сироты.

Или продать, или купить за его счет движимость. Душеприказчик вправе продать или купить движимое имущество за счет находящегося на его попечении сироты за соответствующую цену или с незначительным убытком, но не с большим и очевидным убытком. Так как душеприказчик назначается для пользы сироты, то он должен избегать убытков, насколько возможно. Незначительный убыток в общественном быту часто неизбежен и не принимается во внимание, ибо иначе стали бы невозможными сделки купли-продажи.

Душеприказчик, выдавая акт продажи, не должен упоминать в нем о своей власти, а должен удостоверить ее в особом акте, из предосторожности. Если бы упоминание это было включено в первый акт, то могло бы случиться, что свидетель продажи подпишет свое имя в конце акта без проверки его, что привело бы к ложному свидетельству, так как до душеприказчества ему нет никакого дела. Притом же некоторые говорят, что удостоверение свидетеля должно быть дано в следующих словах: «Продано Заидом, сыном Омара», а не «Заидом, душеприказчиком такого-то лица»; но другие утверждают, что это несущественно и что последний способ может быть также допущен, так как душеприказчество есть дело общеизвестное.

Он может также продать движимое имущество за счет отсутствующего совершеннолетнего наследника. Душеприказчик имеет право продать всякого рода имущество отсутствующего совершеннолетнего наследника, исключая недвижимость. Отец уполномочен на продажу движимого имущества своего отсутствующего совершеннолетнего сына, но не недвижимости, и такое же право принадлежит душеприказчику. Это основано на том, что продажа движимого имущества есть род охраны, так как этого рода имущество подвержено порче, и цену его легче охранить, чем самое имущество. Что касается недвижимости, то она по самой своей природе сохраняет-

ся, ввиду чего продажа ее незаконна, разве будет очевидно, что ей грозит разрушение или гибель, в каком случае продажа разрешается.

Он не вправе производить торговлю долею своего опекаемого. Душеприказчик не вправе производить торговлю имуществом сироты, ибо ему поручено лишь охранение его, а не предоставлена власть пускать это имущество в оборот.

Он может продать движимое имущество за счет малолетнего или отсутствующего совершеннолетнего брата завещателя. По имамам Мухаммаду и Абу Юсуфу, душеприказчик брата в отношении малолетнего или отсутствующего совершеннолетнего брата находится в таком же положении, как душеприказчик отца в отношении его отсутствующего совершеннолетнего сына. Другими словами, он вправе продать движимое имущество малолетнего или отсутствующего. То же следует сказать о душеприказчике, назначенном матерью или дядею. Так как матери или дяде дозволено вступить в управление имуществом, поскольку от того зависит сохранение его, такое же право принадлежит душеприказчику, представляющему их.

Власть душеприказчика отца имеет преимущество над властью деда. Власть душеприказчика отца относительно управления имуществом его сирот превышает и имеет преимущество над властью деда. Имам Шафии того мнения, что в этом отношении деду принадлежит высшая власть, ибо закон считает его представителем отца, когда последний перестал существовать, ввиду чего (за неимением отца) дед наследует своему внуку. Наши ученые доказывают, что так как в силу отказа власть отца переходит на его душеприказчика, то власть эта равняется власти отца и, следовательно, имеет преимущество над делом, как имел бы преимущество сам отец. Это основано на том, что так как отец несмотря на существование деда назначил другое лицо для действий вместо своих детей, то отсюда можно заключить, что он считал такое назначение более полезным для них, чем если бы они были предоставлены заботам деда.

Если нет душеприказчика, то дед является представителем отца. Если отец умирает, не назначив душеприказчика, то дед является представителем отца. Дед есть наиболее близкий родственник детей своего сына и наиболее заинтересован в их благе, ввиду чего он уполномочен на заключение брачного договора относительно своих малолетних внуков предпочтительно перед душеприказчиком отца, хотя последний имеет преимущество над ним в отношении управления и распоряжения имуществом по упомянутым выше причинам.

Глава VIII

О ДОКАЗАТЕЛЬСТВАХ РАСПОРЯЖЕНИЙ НА СЛУЧАЙ СМЕРТИ

Показание двух душеприказчиков о назначении третьего недействительно, если последний не подтвердит или допустит его. Если двое душеприказчиков показывают, что умерший присоединил к ним третьего товарища, а этот последний станет отрицать этот факт, то показание их не имеет никакого значения. Так как заявление их клонится к их же выгоде, именно — к сложению с них части труда, то они не свободны

от подозрения. Если, напротив, третье лицо подтвердит свое душеприказничество, то показание их действительно, по благоприятному толкованию. По аналогии следовало бы признать, что и здесь показание ничтожно, как и в первом случае, и по той же причине. Основание к более благоприятному толкованию заключается здесь в том, что так как казий может назначить душеприказчика впервые или присоединить третье лицо (с его согласия) к двум душеприказчикам без всякого свидетельства с их стороны, то отсюда следует, что их показание избавляет лишь казия от хлопот назначения, делая излишним для него поиски подходящего лица для содействия остальным душеприказчикам; причем, однако, лицо это все-таки получает свою должность в силу назначения казия.

Показание сирот о назначении душеприказчика не имеет значения, если он отрицает это обстоятельство. Если две сироты показывают, что умерший отец их назначил своим душеприказчиком известное лицо, которое станет отрицать это обстоятельство, то показание их не имеет значения, ибо существует подозрение, что они желают извлечь пользу из труда указанного ими лица ради охранения их имущества.

Показание душеприказчиков относительно имущества в пользу малолетнего. Если двое душеприказчиков дают показание в пользу малолетнего наследника (опекаемого ими) относительно имущества умершего или другого лица, то оно не имеет значения, ибо клонится лишь к установлению их права на управление таким имуществом.

Или отсутствующего совершеннолетнего не допускается. Если двое душеприказчиков дают показание в пользу совершеннолетнего наследника относительно имущества умершего, то это не имеет значения; но показание действительно относительно имущества, принадлежащего другому лицу. Таково учение Абу Ханифы. Оба ученика того мнения, что показание действительно, так как его нельзя заподозрить, ибо власть душеприказчика над имуществом прекращается по достижении наследником совершеннолетия. Абу Ханифа доказывает, что так как душеприказчики имеют власть охранять и продавать движимое имущество совершеннолетнего наследника в его отсутствие, то отсюда следует, что их показание в пользу совершеннолетнего наследника не совсем свободно от подозрения. Иное дело — показание их в пользу совершеннолетнего наследника относительно другого имущества: над ним душеприказчики не могут обладать властью, так как умерший назначил их своими заместителями только относительно собственного имущества, а не чужого.

Обоюдное показание сторон, одной в пользу другой, о долге, причитающемся каждой из имущества, действительно, но не показание об отказах. Если два лица дают показание о тысяче дарагимов, должных умершим Омару и Заиду, а Омар и Заид дают подобное же показание в пользу этих двух лиц, то показания обеих сторон действительны. Если, напротив, каждая из сторон таким же образом показывает, что умершим сделаны отказы в пользу другой, то такие показания не имеют значения. Таково учение имамов Абу Ханифы и Мухаммада. Абу Юсуф утверждает, что эти показания недействительны ни в одном случае, и таково же (по свидетельству Хассафа) мнение Абу Ханифы. По другому свидетельству, Абу Юсуф был того же мнения, как имам Мухаммад. Основания, приводимые в подтверждение действительности пока-

казания в случае долга, состоят в том, что долг относится только к личности; а так как личности принадлежат многочисленные и разнообразные права, то показания обеих сторон допускаются. Отсюда не следует также, что каждая сторона должна участвовать в том, что другая получит в уплату, так что показание этой стороны являлось бы только установлением ее права участия; даже если бы постороннее лицо добровольно уплатило одной из сторон то, что, по заявлению другой, ей были должны, то все-таки эта другая сторона не вправе требовать себе части в этой уплате. С другой стороны, основания, приводимые против действительности показания, заключаются в том, что так как вследствие смерти должника долг переходит с лица на имущество ввиду того, что личности уже не существует (так что, если бы одна из сторон получила удовлетворение своей претензии из имущества умершего, другая участвовала бы с нею в разделе полученного, если только имущества было бы достаточно для удовлетворения обеих претензий), то отсюда следует, что показание каждой стороны в пользу другой клонится к установлению права участия в полученных другою платежах; следовательно, показание здесь не свободно от подозрения. Иное дело, когда должник жив. В этом случае показание каждой стороны (кредиторов) в пользу другой допустимо: долг в это время остается на его личности, а не на его имуществе (ввиду того, что первая продолжает существовать), а потому соучастие не устанавливается.

Разве оба эти отказа состоят из раба. Если два лица показывают, что умерший отказал свою рабу двум другим лицам, а эти последние показывают, что тот же умерший отказал своего раба первым двум, то оба показания действительны. Так как свидетельство их никоим образом не клонится к установлению соучастия, то оно свободно от подозрения и потому должно быть допущено.

Обоюдное показание этого рода ничтожно, если им устанавливается для свидетелей право участия. Если два лица показывают, что кто-либо отказал треть своего имущества Заиду и Омару, а они с своей стороны показывают, что то же лицо отказало треть своего имущества первым двум, то показание обеих сторон ничтожно (а равным образом, когда два лица показывают, что умерший отказал своего раба Заиду и Омару, и они со своей стороны показывают, что умерший отказал свою рабу первым двум). В этих случаях показания обеих сторон клонятся к установлению права участия и они не совсем свободны от подозрения.

КНИГА LIII

О ГЕРМАФРОДИТАХ

Раздел I. О том, что такое гермафродиты

Гермафродиты бывают мужчины и женщины. Хунаса, или гермафродит, есть лицо, обладающее детородными частями как мужчины, так и женщины. Если такое лицо выделяет мочу из мужского члена, то оно считается мужчиною, если из женского — то женщиною. Так говорится в преданиях и рассказывается об Али. Выделение мочи из того или другого члена свидетельствует, что этот член основной, а другой — лишь недостаток. Если, напротив, лицо это выделяет мочу из обоих членов, то следует обращать внимание, из которого она выделяется первоначально; это служит доказательством, что тот член есть основной. Если, с другой стороны, лицо это выделяет мочу из обоих членов одинаково (то есть в одно и то же время), то оно, по Абу Ханифе, является сомнительным гермафродитом.

Или сомнительного рода. Не следует в этом случае обращать внимание на большее или меньшее количество мочи, ибо большее количество мочи, выделяемое одним членом, не свидетельствует о том, что член этот первичный, так как обстоятельство это зависит лишь от сравнительной ширины мочевых каналов. Оба ученика утверждают, что следует обращать внимание на сравнительное количество мочи. Следовательно, пол определяется сообразно тому члену, из которого выделяется большее количество: это свидетельствует о первенстве означенного члена; кроме того, большее количество по закону равносильно целому. Посему тот член, из которого выделяется большее количество мочи, считается главным. Если, однако, моча выделяется обоими членами одинаково (то есть одновременно и в равном количестве), то лицо это, по мнению всех наших ученых, есть сомнительный гермафродит, так как ни один из членов не имеет преимущества перед другим. Все сказанное относится только к гермафродитам, не достигшим зрелости. По достижении гермафродитом зрелости, если борода его начинает расти, или он имеет сношение с женщиною, или ночные излияния семени, или груди его растут, как у мужчины, то он считается мужчиною, ибо все это — несомненные признаки мужского пола. Но если груди пухнут как у женщины, или явятся месячные очищения, или беременность, или он имеет половые сношения с женщиною, то гермафродит признается женщиною, ибо все это — признаки женского пола. Если, напротив, не обнаружится никаких отличительных при-

знаков того или другого пола или обнаружатся признаки обоих полов (например, борода при женских грудях), то лицо признается сомнительным гермафродитом.

Раздел II. О законах, касающихся сомнительных гермафродитов

Сомнительный гермафродит. Относительно сомнительных гермафродитов существует правило, что они обязаны соблюдать все предписания духовного закона, за исключением тех, относительно применимости которых (к ним) существует сомнение.

Должен становиться при публичных молитвах между мужчинами и женщинами. Сомнительный гермафродит, становясь позади имама для молитвы, должен стать непосредственно позади мужчин и впереди женщин: возможно, что он мужчина, но возможно также, что он женщина. Если случится, что он станет между женщинами, то должен повторять молитвы несколько раз, ибо возможно, что он — мужчина, а потому молитва его была бы напрасна. Если, напротив, он стоит между мужчинами, его молитва действительна; но мужчины, которые стоят рядом с ним, должны повторять молитвы несколько раз из осторожности, так как возможно, что гермафродит — женщина.

Соблюдая (в других отношениях) обычаи женщин. Похвально, если сомнительный гермафродит покрывает свою голову во время молитвы полою своего платья, а также сидит наподобие женщин. Если он — мужчина, то это составляет лишь отступление от обычая, не заключающее в себе положительного беззакония; но если он — женщина, то упущение его в этом отношении составляло бы непристойность, так как для женщины обязательно быть покрытою в этом случае. Похвально также для него, если он, без верхнего платья, будет повторять молитвы несколько раз; но все-таки молитвы действительны, хотя бы он и упустил сделать это. Далее, ему непристойно носить шелк или драгоценные камни.

Он не должен являться голым перед мужчиною или женщиною, ни путешествовать с кем-либо, исключая родственника; он должен быть обрезан рабою, купленною для этой цели. Непристойно для сомнительного гермафродита являться голым перед мужчиною или женщиною или находиться наедине с тем или с другою, исключая родственников в запрещенной степени. Равным образом непристойно для него путешествовать в обществе мужчины, за исключением родственника в запрещенной степени, или в обществе женщины, хотя бы и родственницы в запрещенной степени, так как незаконно двум женщинам путешествовать вместе, хотя бы они и были родственницы. Непристойно также, если его обрезают мужчина или женщина. Для совершения обряда обрезания следует купить рабу за его счет; если он не имеет имущества, то цена такой рабы должна быть предоставлена ему в виде ссуды из общественной казны, на каковые деньги он может купить рабу для упомянутой цели, после чего рабу следует продать, а вырученную цену уплатить в казну, так как ему нечего уже делать с нею.

Правила, которые он должен соблюдать во время паломничества. Если сомнительный гермафродит предпринимает паломничество в юношеские годы (то есть достиг-

нув почти совершеннолетня), то Абу Юсуф заявляет, что он не знает, какое платье наиболее прилично для него. Если он — мужчина, то ношение платья со швом для него непристойно; если он — женщина, то ему непристойно носить другое платье. Имам Мухаммад, однако, говорит, что ему следует носить платье со швом, как женщине, ибо более непристойно женщине во время паломничества пренебречь этим правилом, чем мужчине носить такое платье.

Развод или отпущение на волю, поставленные в зависимость от пола, не разрешаются в случае рождения гермафродита. Если кто-либо ставит отпущение на волю своего раба или развод своей жены в зависимость от рождения ею «ребенка мужского пола», а она родит гермафродита, то отпущение на волю или развод не имеют места, пока пол ребенка не будет установлен, так как условие не может считаться осуществившимся ввиду сомнения.

Пока пол его не будет удостоверен. Если кто-либо объявляет: «Все мои рабы мужского пола свободны» или: «Все мои рабы женского пола свободны» и он владеет рабом-гермафродитом, то последний не получает свободы, пока пол его не будет удостоверен, ибо здесь хозяин не может считаться нарушителем ввиду сомнения. Если, напротив, он упоминал, как приведено выше, совместно о своих рабах мужского и женского пола, то гермафродит свободен, так как то или другое положение несомненно относится к нему, ибо он должен быть или мужчиною, или женщиною.

Заявление его о принадлежности к тому или другому полу не принимается. Если гермафродит объявляет себя мужчиною или женщиною, а сам принадлежит к разряду сомнительных, то заявлению его не дается веры, так как заявление его противно тому, что устанавливается доказательствами. Но если он не принадлежит к числу сомнительных, то заявлению его можно верить, так как он более знаком со своим положением, чем всякое другое лицо.

Правила, подлежащие соблюдению при его погребении. Если сомнительный гермафродит умрет до установления его пола, то обряд омовения не должен быть совершен над его телом ни мужчиною, ни женщиною, потому что ни одному из них не дозволяется совершать этот обряд над другим. И так как омовение невозможно, то следует заменить его обрядом тайяммум (обтиранием пылью или песком). В «Джами-Рамузе» говорится, что если тайяммум совершается не родственником в запрещенной степени, то рука должна быть обернута холстом или сукном.

Если гермафродит умрет в возрасте, граничащем со зрелостью (двенадцати лет, по «Джами-Рамузу»), то над телом его не совершается обряда омовения, будь то мужчина или женщина. При положении тела в гроб похвально покрыть его, так как это необходимо в отношении женщин, хотя и не в отношении мужчин.

Когда приходится произнести похоронную молитву над мужчиною, женщиною и гермафродитом одновременно, то гроб мужчины должен быть поставлен около имама, затем гроб гермафродита и, наконец, гроб женщины.

Если есть основание к погребению гермафродита в одной могиле с мужчиною, то первый должен быть опущен после второго, так как возможно, что это — женщина; и между ними должен быть слой земли. Если гермафродит погребается в одной

могиле с женщиною, то он должен быть отпущен раньше, так как возможно, что он — мужчина.

Похвально обертывать тело гермафродита так же, как и тело женщины, окутав его пятью покрывами. Если это — женщина, то таково предписанное правило относительно женщин; если же это — мужчина, то здесь окажется лишь два лишних покрыва, что не имеет значения.

Правила наследования, относящиеся до гермафродитов. Если кто-либо умрет, оставив двух детей, одного — гермафродита и другого — сына, то, по Абу Ханифе, все наследство делится между ними на три части, из которых две идут в пользу сына и одна — в пользу гермафродита, ибо гермафродит подчиняется законам о женщинах, если пол его не установлен иначе. Напротив, Шаббал утверждает, что в этом случае гермафродит получает половину доли наследника мужского пола и половину доли наследницы, причем сперва исчисляется доля его в том предположении, что он — мужчина, а затем — в том предположении, что он — женщина; и выплачивается ему половина суммы обеих долей. Имам Мухаммад и Абу Юсуф согласны с этим мнением. Они, однако, иначе излагают это мнение. Имам Мухаммад полагает, что все наследство должно быть разделено на двенадцать частей, из которых семь идут в пользу сына, а пять — в пользу гермафродита; между тем как Абу Юсуф утверждает, что наследство должно быть разделено на семь частей, из которых четыре предоставляются сыну, а три — гермафродиту. Абу Юсуф доказывает, что сын, если бы он был единственным, имел бы право на все наследство; а гермафродит, если бы кроме него не было детей, имел бы право на три четверти наследственного имущества, так как он имеет право (если других детей нет) на половину, если признается мужчиною, или на все — если признается женщиною, ибо все имущество состоит из четырех четвертей, половина которых — две четверти, сумма же их составляет шесть четвертей, половина которых равняется трем. Посему, когда наследниками являются упомянутые два лица, наследство делится между ними сообразно законной доле каждого из них; и так как право сына простирается на четыре четверти, а право гермафродита — на три, то доли их относятся как четыре к трем, ввиду чего все имущество делится на семь частей, из которых четыре достаются сыну и три — гермафродиту. Имам Мухаммад доказывает, что если гермафродит признается мужчиною, то наследство делится между ним и сыном поровну; если же он признается женщиною, то наследство делится между ними на три части. Посему мы должны обратиться к наименьшему числу, делящемуся на два и на три; число это — шесть. Следовательно, при первом предположении наследство должно быть разделено поровну, по три части каждому; при втором предположении оно должно быть разделено между ними на три жребия; причем две части из шести предоставляются гермафродиту, а четыре — сыну; следовательно, гермафродит имеет право на две доли бесспорно; а так как относительно одной остающейся части имеется сомнение, то она делится на две; следовательно, гермафродит получает две доли с половиною; а так как на его долю приходится дробное число, то основание исчисления (шесть) должно быть помножено на

два для избежания дробей¹, что составит двенадцать, ввиду чего по праву пять частей будут предоставлены гермафродиту и семь — сыну. Абу Ханифа доказывает, что необходимо прежде всего установить право гермафродита на наследство. Право его на наименьшую долю наследства (именно — долю женщины) несомненно; все, что превышает таковую, сомнительно; а потому установленным считается и подлежит выдаче только то, что верно и неоспоримо, а не более того, потому что право собственности не признается в случаях сомнения. Случай здесь фактически тот же, как если существует сомнение относительно права собственности, вытекающего из другого основания, а не наследственного права, когда присуждена была бы только несомненно причитающаяся доля². Так и в рассматриваемом случае. Исключение допускается, однако, когда гермафродиту, признаваемому мужчиною, достается меньшая доля. Тогда он имел бы право на долю сына, что составляло бы несомненное право его, как, например, когда умрет женщина, оставив наследникам своего мужа, мать и сестру-гермафродита, или когда умирает мужчина, оставляя наследниками свою жену, двух единокровных братьев и сестру-гермафродита. В первом случае (по Абу Ханифе) одна половина имущества переходит к мужу, одна треть — к матери, а остальное — к гермафродиту, а в последнем — одна четверть переходит к жене, одна треть — к обоим братьям, а остальное — к гермафродиту. В обоих этих случаях остаток менее каждой из полных долей, то есть доли гермафродита, признаваемого мужчиною, и доли гермафродита, признаваемого женщиною.

Глава последняя

РАЗЛИЧНЫЕ СЛУЧАИ

Общепонятные знаки немом лица достаточны для подтверждения его отказов и делают их действительными, что не относится к лицам, только лишенным речи. Когда немому читают акт отказа и желают знать, следует ли утвердить его в его пользу, и немой сделает знак наклоением головы, равносильным выражению согласия «да», или когда немой сам напишет такой акт и люди пожелают узнать, должны ли они засвидетельствовать его от его имени, и он сделает утвердительный знак наклоением головы, то отказ действителен, если только знак сделан таким образом, как обыкновенно выражается согласие. Но этот способ утверждения знаком недостаточен для лица, у которого неспособность к речи не есть природная, а произведена, например, недавною болезнью. Имам Шафии утверждает, что упомянутый знак действителен в отношении обоих, ибо одна только неспособность является причиной признания его достаточности; а причина эта одинаково существует в обоих случаях. Наши ученые признают природную разницу между лицом, немым от рождения, и лицом, страдающим немотою, возникшею впоследствии по многим причинам. Во-

¹ То есть для выражения всего отношения в целых числах.

² Именно — меньшая половины целого.

первых, знаки не распознаваемы, если они не обычны и значение их не установлено, что можно сказать относительно немом, но не относительно лица, только потерявшего способность говорить. (Однако наши ученые полагают, что если это лицо так давно лишено способности говорить, что знаки стали для него обычны и значение их установилось, то оно в этом отношении находится в одинаковом положении с немым). Во-вторых, лицо это можно упрекнуть в том, что оно пренебрегло сделать распоряжение до потери способности речи, в то время как немому такого упрека сделать нельзя. В-третьих, весьма вероятно, что недавно возникшая неспособность говорить будет устранена и уступит лечению, чего нельзя сказать о немом, и посему между этими двумя недостатками нет аналогии.

Немой может совершить брак, развод, покупку или продажу, требовать или заслужить возмездия путем знаков или письма; но он не может этим способом требовать или заслужить наказания. Когда немой в состоянии писать разборчиво или делать понятные знаки, то брак, развод, покупка или продажа, объявленные им, действительны, и возмездие также совершается за него или налагается на него; но он не подлежит наказанию и таковое не налагается из-за него. Письменные его акты действительны и подлежат исполнению по той причине, что письмо отсутствующего равносильно словесному заявлению присутствующего лица (Пророк, объявляя свои законы, пользовался тем и другим способом). Основанием действительности письменных актов отсутствующего служит необходимость, каковое основание в гораздо большей степени существует относительно немом. Следует заметить, что письменные акты бывают трех разных родов или разрядов: 1) правильные свидетельства (то есть такие, которые написаны на бумаге, имеют правильный титул, надпись и т.д., как принято), которые равносильны словесному объявлению независимо от отсутствия или присутствия лица; 2) неправильные свидетельства (то есть такие, которые написаны не на бумаге, а на стене или листе от дерева, или на бумаге без титула или надписи), которые не принимаются в доказательство подробностей, а свидетельствуют лишь о намерении писавшего; 3) письменные акты, которые не свидетельствуют ни о чем (например, очерченные в воздухе или на воде) и которые, будучи равносильны никем не слышанным словам, не могут быть распознаваемы и не имеют значения. Что касается знаков, делаемых немым, то они признаются в случаях брака, развода и т.д. вследствие необходимости, ибо все эти акты касаются лишь права личности и не поставлены в зависимость от известных словесных формул, но в некоторых случаях (например, продажи путем взаимной передачи) совершаются без всяких слов; и возмездие есть также право личности. Но для наказания нет необходимости, так как таковое есть право Бога (ввиду чего оно не применяется в случае сомнения), посему, если немой подтвердит заявление клеветника, все-таки не подлежит наказанию; равным образом не подлежит наказанию, если сам оклеветает кого-либо знаками, ибо клевета здесь не выражена положительно, что составляет необходимое условие наказуемости ее. Разница между наказанием и возмездием та, что первое не налагается на основании сомнительного наказания, а второе — налагается, ибо если бы свидетели обвиняли кого-либо в «незаконной плотской связи» или кто-либо признался в «незаконной плотской связи», наказание все-таки не налагается, между тем как если бы свидетели удостоверили «убийство» в общих выра-

жениях или кто-либо признался в «убийстве», то он подлежал бы возмездию несмотря на то, что термин «намеренное» не был положительно упомянут. Это основано на том, что возмездие носит характер взаимности, будучи предписано для возмещения вреда; и потому оно допускается несмотря на сомнение, как и все другие взаимные отношения, касающиеся права личности. Что касается таких наказаний, которые налагаются исключительно за нарушения божеского права, то они предписаны ради устрашения; а так как таковое не имеет характера взаимности, то наказание, не будучи делом необходимости, не налагается при существовании сомнения. Имам Мухаммад, толкуя о признаниях, говорит, что «письменный акт отсутствующего не составляет доказательства в отношении возмездия». Другими словами, если отсутствующий пришлет письменное признание, влекущее за собою возмездие, то такое признание не составляет доказательства. Наш автор замечает относительно этого места, что оно может быть понимаемо двояким образом. Во-первых, под отсутствующим можно понимать всякого отсутствующего, немое или говорящего; и в таком случае вопрос допускает два решения: одно — упомянутое здесь и другое — приведенное выше. Во-вторых, под отсутствующим можно понимать лицо не немое, как если бы он (имам Мухаммад) сказал: «Письменный акт отсутствующего лица, которое не немое, не составляет доказательства в отношении возмездия, так как, имея способность говорить, лицо это может само явиться и словесно сделать положительное признание, чего нельзя ожидать от немоего лица, так как невозможно, чтобы оно говорило и учинило признание словесно». Некоторые из наших ученых сомневаются, могут ли знаки, делаемые немым, умеющим писать, служить доказательством, потому что знаки допускаются в качестве доказательства только по необходимости, которой не существует в этом случае. Однако сомнение это противно тому, о чем упоминалось выше, из чего можно заключить, что знаки, делаемые немым, имеют доказательную силу несмотря на то, что он умеет писать. Так как там сказано, что «если немой делает знаки или пишет, то это действительно», то отсюда следует, что знаки и письмо имеют одинаковое значение и что достаточно того или другого. Это основано на том, что как знаки, так и письмо допускаются исключительно по необходимости. С одной стороны, письмо обладает ясностью, которой лишены знаки, между тем как значение знаков сомнительно; с другой стороны, знаки обладают ясностью, которой лишено письмо, ввиду того, что они ближе подходят к устной речи; поэтому знаки и письмо имеют одинаковое значение.

Письменные акты лица, случайно лишившегося способности говорить в течение двух или трех дней, не имеют доказательной силы, подобно письменным актам отсутствующего, но не немоего лица, ибо все-таки есть основание надеяться, что он снова получит способность говорить, так как у него остаются органы речи.

Случай смешения тел зарезанных животных с падалью. Если тела зарезанных¹ коз будут смешаны с падалью² коз, причем их нельзя будет отличить одно от другого, и число зарезанных коз будет превышать число падали, то лицо, намеревающееся

¹ То есть тела прилично зарезанных животных, согласно предписанной форме забх.

² То есть тела животных околевших или не зарезанных с соблюдением предписанной формы.

воспользоваться этими козами, должно произвести разумный выбор и есть только таких, которые с большею вероятностью могут быть предполагаемы законно зарезанными. Но если число падали превышает число зарезанных коз или равно ему, то ни одна не должна быть употреблена в пищу. Сказанное здесь применяется только к случаям, когда имеется свобода выбора. В случаях необходимости выбор может быть произведен при обоих положениях и в пищу могут быть употреблены те козы, которые по признакам наиболее подходят к законно зарезанным, ибо во время нужды несомненная падаль признается дозволенною, тем более представляется дозволенным употребление животных, относительно которых возможно предположение о законном убое; но все-таки разумный выбор должен быть сделан, так как более вероятно, что таким способом в пищу будут употреблены животные, надлежащим образом зарезанные; и потому выбор не следует устранять, кроме случаев крайней необходимости. Имам Шафии утверждает, что когда представляется свобода выбора, незаконно употреблять в пищу какую-либо из коз, несмотря на то, что число надлежащим образом зарезанных превышает число падали. Так как выбор оправдывается необходимостью, то он и допускается только в случае необходимости, какового не представляется при свободе выбора. Наши ученые доказывают, что превышение числа зарезанных коз над падалью равносильно необходимости, ввиду чего употребление в пищу некоторых из них, по надлежащем выборе, законно; подобно тому, как представляется законным брать и пользоваться предметами, проданными на мусульманском рынке, ввиду того, что большая часть выставленного там товара законна, хотя рынок не совсем свободен от некоторых запрещенных предметов, каковы краденное или находящееся в незаконном владении имущество и т.п. Это основано на том, что так как не всегда возможно отличить малые предметы, то на них не обращается внимания; иначе гражданский быт был бы невозможен. Согласно сему незначительная степень грязи или наготы при молитве не имеет значения. Посему в случае, когда число зарезанных коз превосходит число падали, употребление некоторых коз в пищу дозволено по некоторого рода необходимости. Другое дело, когда падаль превышает число зарезанных коз или равняется ему. В этом случае, если предположить наличность свободы выбора, никакой необходимости не существует.

Конец четвертого тома

ТЕРМИНОЛОГИЧЕСКИЙ СЛОВАРЬ
 АРАБСКИХ ТЕРМИНОВ
 В НАЗВАНИЯХ УПОМЯНУТЫХ СОБРАТИЙ

ПРИЛОЖЕНИЯ

А	
Абад	— унаследован.
Абат	— монах.
Абадн	— арабское название монастыря.
Абадн	— среднее название монастыря.
Абадн	— директор.
Абадн	— светский, а не монашеский.
Абадн	— справедливость, честность.
Абадн	— принцип.
Абадн	— дни, дни.
Абадн-нахл	— день застолья.
Абадн	— «монашеский» — то, что у монахов, у которых монахи — это монахи, которые в монастыре, следовательно, это монахи, которые более к монашескому.
Абадн	— условный клятвы.
Абадн	— абсолютная истина, которую не следует подвергать сомнению.
Абада	— расстояние.
Ахир	— жесткое наказание, наказание, которое не должно быть в монастыре.
Аха	— договор, соглашение.
Ахилл	— убеждение, уверенность, уверенность.
Ахилл	— то, что является основой монастыря и монастыря.
Ахилл	— свобода.
Ахилл	— сторона.
Ахилл	— заповедь.

Многие термины, которые встречаются в данном словаре, являются общими для всех монастырей и монастырей. Термины, которые встречаются в данном словаре, являются общими для всех монастырей и монастырей. Термины, которые встречаются в данном словаре, являются общими для всех монастырей и монастырей.

доиспользоваться от себя до конца, поэтому предложены различные варианты и есть только одна, которая в большинстве случаев может быть предложением законно зарегистрированным. Но если человек не знает, как правильно написать, то не одна из данных книг не поможет.

ТЕРМИНОЛОГИЧЕСКИЙ СЛОВАРЬ АРАБСКИХ ЮРИДИЧЕСКИХ ТЕРМИНОВ

УКАЗАТЕЛЬ ИМЕН СОБСТВЕННЫХ

УКАЗАТЕЛЬ ТОПОГРАФИЧЕСКИХ НАЗВАНИЙ

УКАЗАТЕЛЬ НАЗВАНИЙ УПОМЯНУТЫХ СОЧИНЕНИЙ

ИЗБРАННАЯ БИБЛИОГРАФИЯ ПО ИСЛАМСКОМУ ПРАВУ

Эта книга представляет собой сборник статей, посвященных различным вопросам исламского права. В ней собраны материалы, которые могут быть полезны для изучения исламского права. Книга содержит также библиографию по исламскому праву. В ней собраны материалы, которые могут быть полезны для изучения исламского права. В ней собраны материалы, которые могут быть полезны для изучения исламского права.

Дополнительная информация

ТЕРМИНОЛОГИЧЕСКИЙ СЛОВАРЬ АРАБСКИХ ЮРИДИЧЕСКИХ ТЕРМИНОВ¹

А	
Абад	— навсегда.
Адат	— обычай.
Аджам	— неарабское население; неараб; неправоверный чужестранец.
Аджиль	— срочно; настолько короткое время (менее одного месяца), что наступление срока не может иметь места.
Адиб	— литератор.
Адил	— свидетель; достопочтенный.
Адл	— справедливость, порядочность.
Азан	— призыв на молитву.
Айамун	— дни, йавмун — день.
Айамун-нахр	— день жертвоприношения.
Айиса	— «отчаявшаяся», т.е. женщина, у которой месячные очищения прекратились и которая, следовательно, предполагается не способной более к рождению детей.
Айман	— условная клятва.
Айнит	— вещественная продажа; случай поручительства, погашенного продажей.
Акала	— расторжение продажи.
Акар	— всякое недвижимое имущество; земля; недвижимые вещи, участвующие в гражданском обороте.
Акд	— договор, соглашение.
Акида	— убеждение, воззрение, «символ веры», кредо.
Акир	— то, что причитается мукатабе в виде приданого.
Ал-амру	— свобода.
фи-л-йади	
Ал-асхаб	— сторонник.
Аман	— защита.

¹ Написание некоторых терминов и названий в данном словаре и указателях может отличаться от написания в тексте перевода «Хидон», поскольку здесь они даны в современной транскрипции. (Примеч. отв. ред.)

ТЕРМИНОЛОГИЧЕСКИЙ СЛОВАРЬ АРАБСКИХ ЮРИДИЧЕСКИХ ТЕРМИНОВ

- Амин — доверенное лицо; лицо, на слова которого следует полагаться.
- Амуки-биядики — твое дело в твоих собственных руках; вид расторжения брака.
- Арият — ссуда; безвозмездное предоставление пользования.
- Аруз — домашняя обстановка.
- Ассаба — наследник.
- Ассабат — наследование.
- Асхаб (или ахл) ал-хадис — сторонники (приверженцы) предания.
- Асхаб (или ахл) ар-рай — сторонники независимого суждения.
- Атлакту нафси — я развожусь или я разведусь.
- Аулад — дети; потомки.
- Ахд — завет, клятвенное обещание, наказ, обет, договор.
- Ахд-мдояна — договор, заключенный под условием кредита.
- Ахл аз-зимма — покровительствуемые, иноверцы, признавшие власть мусульман, платящие подушную подать (джизию) и получившие за это покровительство (зима) мусульман.
- Ахл ал-байт — люди дома, семья Пророка.
- Ахл ал-китаб — люди Писания.
- Ахл ал-хакк — люди истины; приверженцы истины.
- Ахл ас-сунна ва-л джамаа — люди сунны и согласия общины.
- Ахсан — вид развода, «весьма одобряемый».
- Ашхаду — «я свидетельствую».
- Аят — знак, чудо; наименьший выделяемый отрывок коранического текста, «стих» Корана.
- Б**
- Ал-бадью — появление, возникновение.
- Базар — лавки.
- Базик — прокипяченный сок винограда (запрещенный напиток).
- Байа — присяга на повиновение и подчинение.
- Байи — продавец.
- Байт — комната.
- Байт ал-мал — дом имущества; казна; помещение для хранения денег и других ценностей.
- Бай — купля-продажа; обмен собственности на собственность с обоюдного согласия обменивающихся сторон.

Барака	— благословение.
Батин	— внутреннее или домашнее.
Башарат	— всякое сведение, сообщение которого имеет следствием перемену в лице выслушивающего его, независимо от того, будет это сведение приятным или нет.
Бидья	— новшество, нововведение.
Бидъат	— вид развода, не одобряемый, не похвальный.
Бинту-лабан	— двухгодовалый верблюжонок женского пола.
Бинту-махаз	— годовалый верблюжонок женского пола.
Бузья	— оплачиваемое вено.
Бусуры	— незрелые финики.
В	
Вагиб	— даритель; лицо передающее вещь (собственность).
Вадиа	— поклада; лицо, уполномочивающее другого взять его имущество.
Вакалят	— доверенность по отношению к какой-либо частной сделке.
ал-мунфарид	
Вакалят-бин-никах	— посредники при браке; лица, уполномоченные брачующимися сторонами на совершение брачного договора.
Вакф	— имущество, изъятое из оборота и предназначенное для определенных, в частности благотворительных, целей.
Вали	— святой, покровитель.
Вали баъид	— попечитель более отдаленной степени родства.
Валяд	— ребенок.
Варис	— наследник.
Васайи	— посмертные распоряжения.
Васи	— душеприказчик, т.е. лицо, назначенное для приведения в исполнение завещания.
Васи	— исполнитель духовного завещания.
Васиат	— завещание; наделение правом собственности на какую-либо вещь после смерти.
Вати	— соитие.
Вафа	— обеспеченная продажа.
Вахи	— внушение, откровение.
Виля	— помощь; дружба; взаимопомощь, которая является причиной на следования.
Виля итакат	— виля отпущения на волю.
Виля мавалат	— виля взаимной дружбы, или союзничества.

Виляет	— власть, вытекающая из естественного или личного права, как, например, власть опекуна или собственника.
Вузу	— неполное омовение.
Г	
Газаб	— гнев.
Газават	— война за веру, один из аспектов джихада.
Гази	— человек, принимающий участие в газавате.
Газир-замини	— поручительство за лицо.
Гаибати-мункатаъа	— удаление опекуна в город, не лежащий на пути караванов или посещаемый им не более раза в год.
Ганам	— овцы, козы.
Гани	— лицо, владеющее нисабом (богатый).
Ганима	— военная добыча.
Гарим	— должники.
Гасб	— незаконное владение; насильственное взятие чего-либо у другого лица.
Гассала	— вода, загрязненная омовением людей.
Гаст	— незаконное владение.
Гиба	— дарение.
Гиба	— дарение вещи; безвозмездная передача права собственности.
Гусл	— омовение, акт полного очищения путем ритуального омовения.
Д	
Ал-джабр	— принуждение.
Дабба	— животное вообще, но по обычаю ограничено лишь для одной лошади.
Даваи-хинс	— иск о наказании.
Дави	— иски.
Далал (мн.ч. далалат)	— ложный путь, заблуждение.
Дар ал-ислам	— территория ислама.
Дар ал-сулх	— территория мирного договора.
Дар ал-харб	— территория войны.
Дарвиш	— нищий, бедняк.
Дахр	— век как: 1) время, которое жители Аравии в эпоху джахилии отождествляли с роком, судьбой; 2) срок существования мира от его начала до конца; 3) временная длительность, бесконечная в прошлом и будущем.
Джавар	— соседство.

- Джанаба — осквернение.
- Джаназа — похоронный обряд.
- Джахиз — одежда и домашнее имущество, приносимые невестой в дом мужа.
- Джизья — подушная подать с иноверцев в мусульманских государствах, рассматривавшаяся факихами как выкуп за сохранение жизни при завоевании.
- Джима — плотское соитие.
- Джинайят — категория, преступлений, включающая посягательства на права отдельных лиц; преступление против личности.
- Джирра — приведение нарушителя к дверям на посмешище.
- Джихад — усилие, борьба за веру.
- Джюзья — козлята, которым не миновало года.
- Джума — пятница.
- Дийят — пеня, налагаемая за какое-либо правонарушение; плата за пролитую кровь, компенсация за убийство, ранение или увечье.
- Дин — религия.
- З**
- Забиха — убитое существо.
- Забх — буквально: акт перереза горла; убой животных для мяса с соблюдением предписанных обрядов, без чего мясо не считается съедобным.
- Завадж — бракосочетание, равноправный брак.
- Зават ал-амсал — вещества, заменимые равными количествами однородных с ними веществ (как, например, пшеница — пшеницей, ячмень — ячменем и т.п.).
- Зават ал-киям — предметы, заменимые лишь их эквивалентом — деньгами.
- Зайн ад-дин — украшение веры.
- Закат — очищение, милостыня (добровольное пожертвование частных лиц в пользу бедных), налог в пользу нуждающихся мусульман.
- Захр — спина.
- Зийарат — посещение, паломничество к могилам пророков, святых.
- Зикр — упоминание, память; поминание как прославление имени бога.
- Зимар — находка, беглые рабы, незаконно захваченное имущество (сомнительное имущество).
- Зимий — неверный подданный мусульманского государства.
- Зина — прелюбодеяние; незаконная связь мужчины с женщиной.
- Зихар — сравнение жены с кем-либо из родственниц, состоящих в запрещенных для брака степенях родства.

Зулм — беззаконие, злонамеренное нарушение установленных отношений между людьми; притеснение, принуждение, унижение, насилие, обида, захват имущества и т.д.

И

Иарат — заем.

Ибадат — поклонение; правила религиозного культа; богослужение, выражающееся в соблюдении обрядов, обязанности общественного богослужения.

Ибака — бегство рабов.

Ибаха — позволение.

Ибахат — разрешение; дозволение.

Ибну-с-сабил — лица, пребывающие в чужой стране и оставившие свое имущество на родине, вследствие чего они совершенно лишены всяких средств к существованию.

Идам — все, что обыкновенно естся с хлебом (подразумевается средство).

Идда — время испытания, которое разведенная жена обязана переждать для вступления в новый брак (цель идда — определить, не беременна ли она от предыдущего брака); время идда — четыре месяца и десять дней.

Иджара — найм; договор пользования за вознаграждение.

Иджма — согласие, единодушное мнение (решение) авторитетных лиц юридических мазхабов по обсуждаемому вопросу; один из источников мусульманского права (фикха).

Иджтихад — усердствование, большое старание; отражает принцип свободного толкования Корана и Сунны, возможность выбора одного из юридических мазхабов ислама.

Изн — позволение, разрешение.

Изтирар — необходимость (случайный, из-за необходимости).

Изы — удостоверять, что обвиняемый состоит в таком браке (относительно свободы), который в случае блудодеяния подвергает виновного побоеванию камнями.

Ийд ал-адха — праздник жертвоприношения; курбан-байрам.

Ийд ал-фитр — праздник разговения в честь завершения поста в месяц рамадан; ураза-байрам.

Икала — расторжение сделок купли-продажи.

Икрар — признание; заявление или подтверждение чужого права над своим правом.

Икрах — принуждение.

Икта — передача государством права получения хараджа с определенной территории.

- Иктисаб — приобретение мирских благ.
- Илм — знание.
- Илм ал-хадис — наука о предании; отрасль знания, посвященная изучению хадисов.
- Имам — предстоятель на молитве, глава мусульманской общины, духовный руководитель.
- Ин ила — восходящая линия родства.
- Ин сафаль — нисходящая линия родства.
- Ин танахха — боковая линия родства.
- Иснад — опора; перечисление передатчиков данного хадиса.
- Истибра — ожидание очищения женщины.
- Истийлад — признание господином ребенка.
- Истикад — глубокая убежденность; вера.
- Истикак — требование, предъявленное к лицу, вступившему в сделку или договор с лицом, в этой сделке или договоре не участвующим.
- Истикар — складывание чего-либо; покупка зерна или других жизненных припасов и хранение их с целью возвысить цену.
- Истилаф — случаи, в которых обсуждается необходимость клятвенного подтверждения со стороны жены в ответ на вопрос, касающийся ее брака.
- Истислах — стремление к пользе; одна из категорий рая, метод выведения правового решения на основе свободного суждения о полезности его для всего общества.
- Истисна — остаток от целого данного числа, из которого делано исключение.
- Истихсан — предпочтение, предпочтительное решение; одна из категорий рая, суждение ведущее к отказу от решения по аналогии (кияс).
- Ихлаль — обет воздержания от соития с женою.
- Ихрам — 1) полоса земли, на которой запрещена охота; 2) время пребывания паломников в Мекке.
- Ихсан — совесть, чистосердечие.
- Ихтарту — я выбираю саму себя (формула развода).
- Ихтияр — выбор (добровольный или по желанию).
- Иътак — отпущение на волю рабов.
- Й**
- Йла (ийла) — узаконение; облегчение.
- К**
- Кабз — право владения.
- Кабира — великий, тяжкий грех.

ТЕРМИНОЛОГИЧЕСКИЙ СЛОВАРЬ АРАБСКИХ ЮРИДИЧЕСКИХ ТЕРМИНОВ

- Кади (казий) — назначающий, приговаривающий; судья, назначаемый правителем для отправления правосудия на основе шариата.
- Казиф — клеветник; обвинитель.
- Казф — обвинение; преступное деяние; клевета; человек, обвиняющий женатого или замужнюю в совершении блудодеяния.
- Калб — собака.
- Канз — клад или иное имущество, зарытое в земле.
- Карат — 1/24 часть унции.
- Карахият — действия непристойные.
- Карыз — подземный водопровод.
- Катиб — пишущий, переписчик, писатель; делопроизводитель в суде.
- Кафаат — равенство.
- Кафалят — поручительство.
- Кафарат — искупление.
- Кафиз — единица веса, содержащая около 70 фунтов.
- Киная — подразумеваемый.
- Киран — совершение церемоний паломничества в обществе других паломников.
- Кисас — воздание равным; отпущение, разряд наказаний за убийство, ранение и другие телесные повреждения.
- Кисм — разделение брачного сожителства.
- Кисма — беспристрастие в сожителстве со своими женами.
- Кисмат — раздел.
- Киссамат — привод к присяге.
- Китабат (буквально «соединение») — эмансипация раба относительно предоставления и приобретения права собственности; раб, покупающий свою личность у хозяина за сумму, имеющую быть уплаченной из его заработков.
- Кияс — суждение по аналогии; одна из категорий независимого суждения рая, ведущий принцип рационалистического исследования юридических вопросов.
- Кияс джалий — явный или очевидный кияс.
- Кияс хафий — скрытый кияс.
- Курш — толпа, сборище народа.
- Кутта ат-тарик — грабители на дороге.
- Куфр — неверие; непризнание ислама или отказ от его норм.
- Кымий — незаменимые вещи, участвующие в гражданском обороте.
- Л**
- Лайль — ночь.

- Лакыт** — поднятое что-либо с земли; найденый; ребенок, оставленный тем, кому он принадлежит, на большой дороге из бедности или для уничтожения следов блудодеяния. Термин «лакыт» употребляется в отношении людей.
- Лауданум** — препарат опиума.
- Леан** — свидетельские показания мужа и жены, подтвержденные клятвой (причем эти показания подкрепляются признанием проклятия Господа — со стороны мужа, гнева Господа — со стороны жены) в том случае, когда первый обвиняет вторую в прелюбодеянии.
- Легатарий** — лицо, в пользу, которого сделано завещание.
- Луката** — находка; имущество, находимое кем-либо на земле и подбираемое с целью возвратить его со временем законному владельцу, сохраняя это имущество как вещь, доверенную на хранение. Термин «луката» употребляется в отношении всех предметов, кроме людей.
- М**
- Маадин** — естественное месторождение руды или металла.
- Маби** — объект сделки купли-продажи.
- Мавакил** — взимание пени за кровь.
- Мавакия** — взимание пени.
- Мавалат** — договор взаимной дружбы.
- Мават** — мертвый участок земли, неспособный приносить доход вследствие недостатка воды или по другой причине, препятствующей возделыванию.
- Мавль** — освободитель.
- Маджбуб** — евнух, лишенный детородного члена и яичек.
- Маджлис** — место сидения, заседания, собрания; помещение для занятий (в мечети, медресе).
- Маджус** — огнепоклонник, маг; собирательное название приверженцев зороастризма.
- Мадраса** — место, где учатся; учебное заведение второй ступени после начальной.
- Мадун** — привилегированный раб.
- Мазалим** — рассмотрение незаконных действий.
- Мазан** — вступивший в брак при обстоятельствах, необходимых для применения к нарушителю брака избиения камнями.
- Мазан** — свободная женщина, противоположность рабыне.
- Мазар** — место, которое посещают; объект паломничества, обычно — могила мусульманского святого.

- Мазхаб** — путь, школа фикха (исламского правоведения), имеющая самостоятельную систему познания и применения юридического материала.
- Макар** — лица, занимающиеся отдачею внаем лошадей, верблюдов и т.п.
- Макзүф** — оклеветанные мужчина и женщина.
- Макрух** — неприемлемое, недостойное; все неприличное; категория поступков и действий, не являющихся нарушением норм шариата, но осуждаемых с моральной точки зрения.
- Мал** — собственность, имущество (у оседлых арабов — «деньги», «достояние», у бедуинов — «верблюды», «скот»).
- Мальк** — собственность.
- Мальхаффета** — верхняя одежда.
- Ман** — единица веса, около 80 фунтов.
- Мандуб** — рекомендуемые; в фикхе — действия и поступки, не являющиеся предписанными или обязательными, но совершение которых высоко оценивается окружающими.
- Манзил** — жилое помещение, состоящее из нескольких комнат, крытого двора и кухни.
- Манзил-мула-сык** — смежные жилые помещения.
- Манзил-мута-баин** — несмежные помещения.
- Манкуль** — движимые вещи, участвующие в гражданском обороте.
- Манфаат** — право пользования.
- Мариз** — умирающее лицо, то есть смертельно больной.
- Масджит** — мечеть, молитвенное здание ислама; место, где совершают земные поклоны.
- Маугуб** — дар; вещь.
- Маугубн-лях** — одаренный; лицо получающее вещь (собственность).
- Маудаг** — поклажеприниматель; имущество, отданное на хранение.
- Маула** — покровитель, заступник, господин; покровительствуемый, вольноотпущенник.
- Мауси** — завещатель.
- Мафкуд** — потерянный и разыскиваемый; лица, без вести пропавшие.
- Махджур** — термин, обозначающий недееспособных лиц.
- Махр** — имущество, выделяемое мужем жене при заключении равноправного брака (завадж).
- Махр-мисль** — достаточное вено.

- Махр-муаджаль — немедленная уплата вена.
- Махрух — непристойное, то есть не одобряемое, но тем не менее, законное.
- Маши — паломничество пешком.
- Машиат — повеление.
- Маъун — получивший разрешение; раб получивший от хозяина разрешение вести торгово-ремесленную деятельность, в том числе вести дела хозяина.
- Мая — имущество, состоящее из денег, слитков или иных предметов, могущих служить капиталом.
- Мечеть джами — главная мечеть в городе, где каждую пятницу читается общественная молитва.
- Мильк — имущество.
- Мирас — наследство; имущество, права и обязательства, переходящие после смерти их владельца и обладателя к другому лицу.
- Мискап — 7 мискалей, равняются 10 дарагимам.
- Мискин — лицо, не обладающее никаким имуществом (неимущий).
- Мисль — прилично, достаточно.
- Мисна — двухгодовалый теленок.
- Мния — вид ссуды, когда кто-либо ссужает другого, например, козую, коровую или самкою верблюда, с тем, чтобы ссужаемый пользовался молоком.
- Мобашир — деятель или исполнитель чего-либо; совершитель преступления.
- Моди — поклажедатель; собственник вещи.
- Мойир — ссужатель; лицо, предоставляющее вещь (ссуду).
- Мониссаф — сок неспелого винограда, выкипяченный до половины.
- Муаджаль — отсроченное.
- Муажиль — быстрое время, уплата долга происходит в течении месяца после займа.
- Муаллафату-л-кулуб — утешающее сердце.
- Муамалат — мусульманское гражданское право, регулирующее вопросы собственности, различные виды сделок и способы их обеспечения, порядок исполнения обязательств и т.д.
- Мубазир — растратчик, мот.
- Мубайя (байя) — публичный договор, в котором оговорены права и обязанности главы государства и верующих по отношению друг к другу.

- Мубах — дозволенное; категория поступков и действий, рассматриваемых шариатом как нейтральные, не осуждаемые и не поощряемые, необходимые, понятные бытовые действия, не нуждающиеся сами по себе ни в какой оценке.
- Мувазат — равенство.
- Мудаббар — раб по особому договору тедбир, имеющий право на освобождение после смерти своего господина.
- Мудараб — доверительное управление, участие в прибылях.
- Муддаи — истец.
- Муддаи-алайх — ответчик.
- Муджтахид — ученый-богослов, имеющий право выносить самостоятельные решения по важным вопросам фикха.
- Музанабы — финики, начинающие созревать.
- Музарабат — товарищество в прибылях капитала и труда; договор товарищества, по которому одна сторона (собственник) получает право на прибыль вследствие предоставления капитала.
- Музариб — представитель по торговле; лицо, имеющее право на прибыль по причине влагаемого в дело труда.
- Музарии — договор возделывания, то есть договор между собственником земли и возделывателем ее, в силу которого все произведения земли должны принадлежать обоим пропорционально.
- Мукатаб — раб (рабыня), заключивший письменное соглашение о самовыкупе.
- Мукир — лицо, чинящее признание.
- Мукирен-бих — вещь, составляющая предмет признания.
- Мукирен-лях — лицо, в чью пользу учинено признание.
- Муктад — примерное лицо, отличающееся святостью.
- Муктабуллах — лицо первое, пожалованное землею.
- Мулк — неограниченная власть и безусловная собственность.
- Мультакыт — лицо, поднявшее найденыша.
- Мумин — верующий, правоверный.
- Муншид — лицо, указывающее на место, где потеряно что-либо; равно применимо как к потерявшему, так и нашедшему.
- Мурабат — развод с обоюдного согласия.
- Мурабигат — продажа ради прибыли.
- Мусакат — договор садоводства, т.е. договор, заключенный двумя лицами, в силу которого одно лицо обязуется передать другому свои плодовые деревья с тем, чтобы оно ухаживало за ними и чтобы все, что уродится, принадлежало им обоим согласно договоренности.

- Мусаллас — виноградный сок, выкипяченный до одной трети (разрешенный напиток).
- Мустаир — ссудоприематель; лицо, получающее вещь (ссуду).
- Мустаманы — живущие в мусульманском государстве, под покровительством его.
- Мутъа — временный брак.
- Муфти — дающий фетву; знаток шариата, дающий разъяснение его основным положениям и принимающий решения по спорным вопросам в форме особого заключения (фетвы), основываясь на принципах шариата и прецедентах.
- Мухакама — судебный процесс (обсуждение).
- Мухаллалун-лах — вещь, ставшая законною.
- Мухрим — паломник в Мекку, вступивший на ихрам.
- Мухсана — не мусульманка, но женщина целомудренная и доброй славы.
- Мухтасиб — осуществляющий хисбу, т.е. кто пресекает публичное нарушение норм мусульманской морали и наставляет на путь истинный.
- Мушрик — многобожник (христиане, язычники).
- Муштарик — общий наемник; лицо, услуги которого доступны всем.
- Муштарри — покупатель, покупатель.
- Н**
- Набасин — племя, отличающееся коварством и дикостью нравов.
- Набиз — перебродивший напиток, приготовляемый из фиников, винограда и т. п., моченых в горячей воде.
- Назар — умозрение, теоретическое рассмотрение. В фикхе в этом значении употреблялись термины «рай» и «кияс».
- Нафака — предметы, необходимые для поддержания жизни (пища, одежда, жилище, содержание).
- Нафака ал-хазар — содержание в постоянном месте жительства.
- Нафака ас-сафар — содержание во время путешествия.
- Нахар — день.
- Никах — брак, физическое совокупление; договор с целью узаконить деторождение.
- Никах-муваккат — брак на срок.
- Ниса — женщины.
- Нисаб — владение правом полной собственности на движимость или недвижимость.

- Нузуль — ниспослание.
- Нуку-забиб — настойка из винограда (запрещенный напиток).
- П**
- Право шифат — одно из прав соседства, то есть принадлежащее соседу право преимущественной покупки.
- Р**
- Рабби-мал — право на прибыль вследствие предоставления капитала.
- Раб-махджур — неправоеспособный.
- Раган — заклад; удержание вещи в обеспечении требования, могущего быть удовлетворенным этой вещью, например, в случае долга.
- Раджм — побитие камнями; вид смертной казни, применяемый только в наказание за прелюбодеяние (зина).
- Раджъат — возврат (возвращение мужа к жене после развода).
- Раиси-мал — собственник капитала.
- Рай — взгляд, мнение, суждение; в фикхе означает собственное независимое мнение или суждение факиха, на основании которого он выносит какое-либо юридическое решение.
- Ракба — личность, представляющая собственность.
- Рахим — милосердный.
- Рахин — благодетельный; заложенный; заклад.
- Рахман — милостивый; одно из имен Аллаха.
- Рахмат — милосердие.
- Рахи — цветы, которые не имеют стебля; залог; заклад; заложник.
- Рахт, или мата — личная движимость (всякие предметы, принадлежащие личной движимости).
- Риба — 1) лихва; 2) ростовщичество.
- Ридат — вероотступничество, относимое шариатом к особо тяжким преступлениям.
- Риза — ребенок, сосущий молоко груди женщины (не матери его) в течение известного промежутка времени, нужного для кормления грудью.
- Риказ — рудники.
- Рутб — зрелые финики.
- Рухн — главные вещи, участвующие в гражданском обороте.
- С**
- Саа — единица веса, около восьми фунтов.
- Саваим — от слова «саима», животные, живущие в продолжение большей части года на подножном корму.

- Садака — искреннее деяние, подаяние; милостыня.
- Садака-нафль — добровольная милостыня.
- Садака-фарз — обязательная милостыня.
- Садака-фитр — милостыня, раздаваемая бедным по случаю праздника окончания поста.
- Саййиб — мужчина, совершивший брачное сожителство.
- Саима — верблюды, рогатый скот, козы и другие животные.
- Сайиба — 1) женщина, уже имевшая плотское соитие с мужчиной; 2) верблюдица, выпущенная на волю во исполнение обета.
- Салам — поставка.
- Салат — молитва; одно из пяти обязательных предписаний ислама.
- Салям — приветствие.
- Саман — стоимость; цена сделки купли-продажи.
- Санатайн — два года.
- Сарака — воровство; тайное похищение чужой собственности.
- Сарих — точно выраженный.
- Саров — чистая продажа или акт мены одного рода предметов на другой.
- Сарф — размен денег.
- Саум — пост; одно из пяти основных обязательных предписаний ислама.
- Сахих — достоверный, правильный; хадис, иснад которого был, с точки зрения мусульманских авторитетов, достоверным.
- Сахн — внутренний двор жилища.
- Сахра — пустыня; обширные и бесплодные пустыни Аравии, а также всякая пустопорожня или невозделанная земля.
- Сийар — мусульманское международное право.
- Сийга — форма, формальность; обряд формального заключения брака.
- Сиккер — настойка из фиников (запрещенный напиток); сок незрелых фиников, которому дают бродить и приобретать крепость без кипячения.
- Силлит — обещанный, но еще не уплаченный подарок или вознаграждение.
- Синни — козлята, которым пошел второй год.
- Сирк — содержит 36 ратлей.
- Сиркат — кража, преступное деяние.
- Сифатжа — передача имущества другому в виде ссуды.
- Сулх — соглашение, улаживание; мирный договор, заключавшийся мусульманами с жителями завоеванных областей.
- Сульх — мировая сделка; договор, предупреждающий или устраняющий спор.

- Сунна — обычай, пример; пример жизни Пророка Мухаммада как образец и руководство для всей мусульманской общины и каждого мусульманина.
- Сура — ряд, ранг; название каждой из 114 частей, на которые делится текст Корана.
- Т**
- Таазир — 1) запрещение; наставление; 2) удержание; наказание по усмотрению судьи; назидательное наказание за нарушение общественного порядка (например, базарная кража, мелкое мошенничество, хулиганство, неподчинение властям, вызывающее поведение и т.д.).
- Таам — пища; пшеница; пшеничная мука, пшеничный хлеб.
- Таамир — «приведение в жилой вид» путем обработки, если в вакф обращен земельный участок, или путем ремонта, если вакф состоит из дома.
- Таати — взаимная передача, т.е. продавец передает покупателю проданный предмет, а покупатель взамен передает продавцу цену купленного без употребления при этом речи.
- Таббар — золотые и серебряные слитки.
- Табийя — позволение, данное господином рабыне.
- Табх — вареное мясо.
- Табьи — годовалый теленок мужского или женского пола.
- Тавлият — продажа ради дружбы.
- Тагалиф — обоюдная присяга.
- Тагаллиби — арабское племя, отказавшееся принять ислам, не согласившееся платить дань Пророку.
- Тазвидж — брачный договор.
- Тазкият — известное число других свидетелей, удостоверяющих компетентность свидетелей, дающих показания в известном деле. Эти свидетели называются очистителями.
- Таказим — время, достаточное для освобождения от наказания.
- Такбир — возвеличивание Господа в молитве: «Аллаху акбар!» («Бог выше всего!»).
- Таклид — следование, подражание авторитету муджтахидов какого-либо одного мазхаба в разработках частных вопросов фикха.
- Талак — отпущение, отпуск; самый распространенный вид расторжения брака или развода.
- Талак-ахсян — весьма похвальный развод, дается мужем посредством произнесения одной формулы развода в течение одного тухра.

- Талак-бидъа — «новый», «неразрешенный» или «непохвальный» способ развода, произнесение трех разводов сразу.
- Талак-кинаят — подразумеваемый развод.
- Талак-муаджил — развод, который должен иметь место по прошествии некоторого времени.
- Талак-раджди — уничтожимый развод.
- Талак-сарих — точно выраженный развод.
- Талак-сунна — развод по правилам сунны.
- Талак-хасан — похвальный развод, дается мужем жене, с которой он уже имел плотское соитие, путем троекратного произнесения формулы развода в три следующих один за другим тухра.
- Тамлик — передача.
- Тасбих — пояснение формулы «хвала Аллаху».
- Тасмиа — верблюды, выпущенные на волю и пасущиеся беспрепятственно и без какого бы то ни было надзора или пастуха как посвященные Господу.
- Тасмии — призыв.
- Тафвиз-талак — полномочие на развод (когда муж уполномочивает свою жену произнести развод).
- Тафсир ал-Куран — комментарий, толкование Корана.
- Тахара — очищение.
- Тахариин — мировая сделка, которая заключается одной частью наследников с другими наследниками относительно своей части наследства.
- Тахлиль — повторение калимы, или символа веры: «Нет бога, кроме Бога» и т.д.
- Ташрик — вялить мясо на солнце (причем мясо кладется на камень).
- Таяммум — омовение, натирание лица, рук и других частей тела пылью или песком при отсутствии воды.
- Тухр — промежуток времени между двумя месячными очищениями.
- У**
- Узхия — жертвоприношение.
- Укубат — ущерб, нанесенный правонарушением.
- Улама — знающие, ученые; улемы — знатоки богословия, преданий фикха.
- Умм ал-валад — мать ребенка; невольница, родившая сына от своего господина.
- Умм ал-ибн — мать сына, свободная женщина, родившая сына.
- Умма — мусульманская община.

- Умра — малое паломничество; семикратный обход Каабы, или храма, и бег между Сафа Марва, что должно быть совершено до посещения храма.
- Умри — пожизненное дарение.
- Урс — свадебное торжество.
- Усул ад-дин — корни, основы веры; основные догматы ислама.
- Усул ал-фикх — основы, корни фикха; источники фикха — права, основы теории и методологии фикха — исламского правоведения.
- Ушр — десятая часть; налог или сбор в размере 1/10, десятина.
- Ф**
- Фаарр — личность, пытающаяся неправильным или обманным способом лишиться своей женой права наследования.
- Факир — бедняк; лицо, обладающее собственностью в размере несколько меньшем нисаба (малоимущий); человек, нуждающийся материально или духовно.
- Факих — знающий; богослов-законовед, знаток фикха — исламского правоведения.
- Факиха — женщина-богослов или законовед (ж.р. от «факих»).
- Фарз — безусловная обязанность; пять главных обязанностей: очищение, молитва, милостыня, пост и паломничество.
- Фарз — обязательное; поступки и нормы поведения, вменяемые человеку в обязанность как религиозные заповеди, в первую очередь ритуальные предписания и соблюдение основных норм благочестия.
- Фасик — нечестивец, недостойный человек, пренебрегающий основными обязанностями (фарз); лицо, пренебрегающее приличием в одежде и поведении, а потому не допускаемое к свидетельствованию на суде.
- Фатва — разъяснение; богословско-правовое заключение, сделанное для разъяснения и практического применения какого-либо предписания шариата.
- Фатиха — открывающая (книгу); название первой суры Корана, текст которой широко употребляется в качестве молитвенного.
- Физаят — пятигодовалая верблюдица.
- Фикх — глубокое понимание, знание; исламское правоведение о правилах поведения мусульман.
- Фиращ — право сожителства (от слова «постель»).
- Фир-рикаб — объект распределения заката.
- Фисаль — время отнятия от груди.
- Фисх — разломание.
- Фузули — неуполномоченный.

Фулус	— медная монета неопределенной стоимости.
Фулус-рабиха	— медные деньги колеблющейся ценности.
Фуру ал-фикх	— «разветвления» фикха; часть фикха, составляющая исламское позитивное право.
Х	
Хаарам	— запрещенное, т.е. положительно незаконное.
Хабар	— известие, рассказ; предание о словах и действиях Пророка Мухаммада.
Хавз	— квалифицированное владение.
Хавль	— владение нисабом в продолжение одного полного года.
Хадд	— удержание, пресечение; наказание, налагаемое за преступления (мн.ч. худуд) против нравственности и общественного порядка, на которое есть какие-либо указания в Коране и сунне.
Хадд-казф	— наказание за клевету.
Хадд-шурб	— наказание за употребление вина.
Хаджр	— ограничение дееспособности малолетнего, слабоумного или раба; запрещение; препятствие.
Хаджра	— ограничение дееспособности.
Хадж-фарз	— обязательство один раз в течение своей жизни посетить Мекку, или установленное паломничество.
Хадис	— новость, известие, рассказ; предание о словах и действиях Пророка Мухаммада.
Хакк	— подлинный, истинный, истина.
Халал	— свободное, несвязанное; положительно законное; разрешение, допускаемые действия, входящие в категории фарз, мандуб и мубах, противопоставление харам.
Хальват-сахиха	— фактическое совершение брака.
Хамль	— время беременности или вообще беременность.
Хамр	— сырой сок винограда (запрещенный напиток).
Хана	— дом.
Харадж	— десятина; поземельный налог.
Харам	— запретное; поступки, являющиеся греховными и запретными (противопоставление халал).
Харрави	— особый сорт сукна, выделяемый в Герате.
Хиба	— дар.
Хидал	— воздержание женщины от благоуханий.
Хизанат	— попечительство над малолетними детьми.
Хикка	— четырехгодовалая верблюдица.

Хильват	– совместное пребывание один на один.
Хилья	– излишние украшения.
Химар	– покрывало.
Хин	– промежуток времени (от нескольких месяцев до сорока лет).
Хисба	– контроль за соблюдением норм шариата, осуществляемый по велению совести или по долгу службы.
Хияруль-кабул	– выражение согласия.
Хияруль-меджлис	– свобода места встречи.
Хукм	– мудрость, проявление мудрости; решение по юридическому вопросу.
Хултин	– смесь из настоя винограда и фиников (разрешенный напиток).
Хульа	– развод за вознаграждение; когда муж отпускает жену за некоторое имущественное вознаграждение.
Хумс	– пятая часть; отчисление с различных видов добычи в размере 1/5, введенное Пророком Мухаммадом.
Хунаса	– гермафродит, то есть лицо, обладающее детородными (половыми) органами как мужчины, так и женщины.
Хурмат-мусахарат	– запрещение вступать в родство.
Хусумат	– тяжба.
Ш	
Шариа (шариат)	– прямой, правильный путь; закон, предписания, авторитетно установленные в качестве обязательных.
Шафи	– лицо, которому принадлежит право преемственности.
Шахада	– свидетельство; свидетельское показание, даваемое в удостоверение какого-либо факта.
Шахадат	– доказательство.
Шахид	– 1) пожертвовавший собой за веру, погибший мученической смертью; 2) свидетель в судебном процессе.
Шефи	– лицо, которому принадлежит право шифат.
Шибхал-мильк	– ошибочная собственность.
Шира	– купля.
Ширб	– право на воду.
Ширкат	– товарищество; союз двух и более лиц, заключаемый для достижения общей цели.
Ширкат ал-акид	– товарищество по сделке.

- Ширкат — товарищество по праву собственности.
 ал-мильк
 Ширкат — товарищество по взаимности.
 ал-муфавазат
 Ширкат — товарищество в искусствах и ремеслах.
 ас-синаа
 Ширкат-вадж — товарищество на личном кредите.
 Ширкати-вуджох — товарищество по личному кредиту.
 Ширкат-инан — товарищество в торговле (купле-продаже); торговое товарищество.
 Ширкат-такаббул — товарищество по взаимному соглашению.
 Шифат — приобретение собственности над проданною землею за ту же цену, за которую покупатель купил ее.
 Шубха-иштибах — ошибка по незнанию (в совершении плотского совокупления).
 Шубха-хукм — ошибка в отношении лица (в совершении плотского совокупления).
 Шуфат — соседство владения, которое дает право преемственности при продаже.
 Шютюрь — верблюды.
Я
 Ямин — сила или власть.
 Ямин-гамус — клятва, принятая относительно чего-либо уже совершившегося, умышленная.
 Ямин-лагв — клятва, данная относительно события уже совершившегося, причем клянущийся верит, что дело действительно имело место.
 Ямин-мунакида — клятва, данная относительно события, которое еще должно совершиться.
 Янъакир — клятва произнесена, действительна и обязательна для клянущегося.
 ал-ямин

УКАЗАТЕЛЬ НАЗВАНИЙ УПОМЯНУТЫХ СОЧИНЕНИЙ

Акаид	Мазид фи-фуру-ал-ханафийа
Ал-мухий ва ал-захира	Мухтарат ан-навазил
Бахр ур-райх	Мухтасар ал-Кудури
Бидаят-ал-мубтадиъ	Навадир
Джами ал-Кабир	Накли-Сахих
Джами ар-Румуз	Нашр ал-мазхаб
Джами ас-Сагир	Пятикнижия
Джами-Рамуз	Риваят ас-Сахих
Джами-ус Кабир	Ривояти-Асыл
Захирар-Риваят	Ривояти-машхур
Зиадат	Ривояти-Сахих
Казихан	Саид ибн-Джир
Кафайят ах-Мунтаки	Сайри-Кабир
Китаб ал-Кисмат	Тахзиб ал-Фахри
Китаб ал-Фараиз	Тахриджар-Рази
Китаб ал-Хидоя	Фасул ал-Инари
Китаб-ат-Тажнис вал-Мазид	Фасул-и-Ист-равшани
Кифаят ал-Мунтахи	Хадис ал-Машхур
Мабсут	Шарх ал-Джами ал-Кабир
Магит	Шамсул-Аимма

УКАЗАТЕЛЬ ИМЕН СОБСТВЕННЫХ

Абдул Азиз Ибн Амр	Имам Шафии
Абдуллах Ибн Аббас	Исаак
Абдуллах Ибн Амр	Исмаил
Абдуллах Ибн Массуд	Кахр (сын Малика)
Абу Бакр	Кярихи
Абу Лаис	Маймуна
Абу Касым	Манаф (отец Хашима)
Абу Саид Кудури	Моисей
Абу Руссаид	Мухтар
Абу Толиб	Навазир
Абу Ханифа	Назир (сын Хонаана)
Абу Харир	Омар
Абу Юсуф	Омар Фарук
Авраам	Осман
Айша	Пророк Мухаммад
Али	Солаба Ибн Адв
Амр ибн Аббас	Тахави
Атаб ибн Осаид	Тимур-Таши
Барира (мукатаба Айши)	Халифа Рашидутдин
Джабир	Харрис Ибн Абдул Муталиб
Джабраил	Хасан
Джафар	Хассаф
Заид ибн Сабит	Хашим (прадед Пророка Мухаммада)
Ибн Омар	Хонаан
Ибн Хаджа	Хусамуддин Умар ибн Абдуллах ибн
Ибн Эмир	Умар ибн Мааз
Имам Зуфар	Хусейн
Имам Малик	Шааби
Имам Мухаммад	Шарих ибн Абдулла

УКАЗАТЕЛЬ ТОПОГРАФИЧЕСКИХ НАЗВАНИЙ

Ал-Андалус	Исфиджаб
Алжир	Кархи
Азербайджан	Китай
Азия	Куфа
Арабский халифат	Кушанское государство
Аравия	Мавераннахр
Ассурия	Магриб
Афганистан	Маргилан
Багдад	Медина
Балх	Мекка
Бассор	Мерв
Ближний Восток	Пакистан
Бухара	Персия
Византия	Река Ярджуд
Восток	Рим
Герат	Риштан
Государство Саманидов	Россия
Греко-Бактрийское царство	Самарканд
Греция	Сайхун (Сырдарья)
Дажл (Тигр)	Сирия
Джайхун (Амударья)	Согдиана
Долина Мина	Тигр
Европа	Сугнак
Египет	Табаристан — древняя Гиркания (провинция Верхней Персии)
Ефрат	Тараз
Илак	Тунис
Индостан	Туркестан
Индия	Турция
Иордания	Тюркский каганат
Ирак	Узбекистан
Иран	Фергана
Испания	

Франция	Хутан
Фурат (Евфрат)	Царство Ахеменидов
Хива	Царство Эфталитов
Хорасан	Центральная Азия
Хорезм	Шаш

ИЗБРАННАЯ БИБЛИОГРАФИЯ ПО ИСЛАМСКОМУ ПРАВУ

Источники и справочные издания

1. Абу Хамид ал-Газали. Воскрешение наук о вере. Избранные главы / Пер. с араб., исслед. и коммент. В.В. Наумкина. М., 1980.
2. Абу Хамид ал-Газали. «Весы деяний» и другие сочинения / Пер. с араб. М., 2004.
3. Абу Хамид ал-Газали. «Наставление правителям» и другие сочинения / Пер. с араб., перс. 2-е изд., испр. и доп. М., 2005.
4. Абу Йусуф Йакуб б. Иброхим ал-Куфи. Китаб ал-Харадж (Мусульманское налогообложение) / Пер. с араб. и комм. А.Э. Шмидта. СПб., 2001.
5. Босворт К.Э. Мусульманские династии. Справочник по хронологии и генеалогии. М., 1971.
6. Гиргас В.Ф. Права христиан на Востоке по мусульманским законам. СПб., 1865.
7. Гольдцигер И. Лекции об исламе / Пер. с нем. А.Н. Черновой. СПб., 1912.
8. Имам ан-Насафи. Акида. Символ веры / Пер. с араб. Саида Дамира Шагавиева. М., 2001.
9. Ислам. Краткий справочник. М., 1983.
10. Ислам на территории бывшей Российской империи: Энциклопедический словарь. Вып. 1. М., 1998.
11. Ислам: Энциклопедический справочник / Отв. ред. С.М. Прозоров. М., 1991.
12. Кабус-намэ. М., 1953.
13. Классики арабо-мусульманской философии / Пер. А.В. Сагадеева. Т. 1–2. Нью-Йорк, 2000.
14. Книга законов султана Селима I / Публикация текста, перевод, терминологический коммент. и предисл. А.С. Тверитиновой. М., 1969.
15. Кодекс приличий на Востоке (Адаб-ул-Салихын). Сборник Мухаммед Садык-и-Кашкари / Пер. с тюрк. Н. Лыкошин, Сб. матер. по мусульманству. Т. 2. Ташкент, 1900.
16. Коран / Пер. и коммент. И.Ю. Крачковского, М., 1963 (и другие издания).
17. Карасевич П.Л. Мусульманское право и последняя государственная реформа в Турции. М., 1877.
18. Кремер А. Мусульманское право. Ташкент, 1888.

19. Бухарский вакф XIII в. Факс. изд. текста / Пер. с араб. и перс. Введение и коммент. А.К. Арендса, А.Б. Хамидова, О.Д. Чехович. М., 1979.
20. Ал-Маргинани Борхан-эд-Дин Али. Ал-Хидая. Комментарии мусульманского права / Пер. с англ. под ред. Н.И. Гродекова. Ташкент, 1893.
21. [Бурхануддин Маргинани]. Хидоя. Комментарии мусульманского права. Т. I / Отв. ред. А.Х. Саидов. Ташкент, 1994.
22. Муминов А. Центральная Азия // Ислам на территории бывшей Российской империи. Энциклопедический словарь. Вып. 1. М., 1998.
23. Муминов А. Коран Байсунгура // Ислам на территории бывшей Российской империи. Энциклопедический словарь. Вып. 2. М., 1999.
24. Муминов А. Шамс ал-аимма // Ислам на территории бывшей Российской империи. Энциклопедический словарь. Вып. 3. М., 2001.
25. Мусульманское право. Шариат и суд. Перевод применяемого в Османской империи гражданского свода (Мэджеллэ) / Пер. с тур. Т. 1–3. Ташкент, 1911–1912.
26. Мухаммад ибн Абд ал-Карим аш-Шахрастани. Книга о религиях и сектах (Китаб ал-милал ва-н-нихал). Часть 1. Ислам / Пер. с араб., введ. и коммент. С.М. Прозорова. М., 1984.
27. Мюхтасерюль вигкает, или сокращенный вигкает. Курс мусульманского законоведения по шкале Ханефидов. Казань, 1845.
28. Наливкин В.П. Положение вакуфного дела в Туркестанском крае. Ташкент, 1904.
29. Низам-ал-мульк. Сиасет-намэ. М.–Л., 1949.
30. Османская империя в первой четверти XVII века. Сборник документов и материалов. М., 1984.
31. Д'Оссон И.М. Полная картина Османской империи в двух частях Т. 1. СПб., 1795.
32. Остроумов Н.П. Исламоведение. Ч. 3–4. Ташкент, 1912.
33. Пиотровский М.Б. Ислам – вера и образ жизни // Ислам. Краткий справочник. М., 1983.
34. Прозоров С.М. Хрестоматия по исламу. М., 1994.
35. Происхождение ислама. Хрестоматия. Ч. 1. М.–Л., 1931.
36. Саввас-паша. Теория мусульманского права. Ташкент, 1910.
37. Собрание восточных рукописей Академии наук Узбекской ССР: В 4 т. / Под ред. А.А. Семенова. Ташкент, 1952. Т. I; 1954. Т. II; 1955. Т. III; 1957. Т. IV. Из 40 тысяч рукописей в «Собрание восточных рукописей» вошли 7574, из них 378 рукописей касаются вопросов фикха.
38. Сюкияйнен Л.Р. Усул ал-фикх, ал-Фикх, аш-Шариа // Ислам. Энциклопедический словарь. М., 1991.
39. Торнау Н.Е. Изложение начал мусульманского законоведения. СПб., 1850.
40. Торнау Н.Е. Особенности мусульманского права. Дрезден, 1880.

ИЗБРАННАЯ БИБЛИОГРАФИЯ ПО ИСЛАМСКОМУ ПРАВУ

41. Ал-Хасан ибн Муса ан-Наубахти. Шиитские секты / Пер. с араб., исслед. и комм. С.М. Прозорова. М., 1973.
42. Холмогоров И.Н. Об основных постановлениях ислама // Уч. зап. Казанского университета. Кн. 1. Казань, 1848.
43. Хрестоматия по исламу. Переводы с арабского. М., 1994.
44. Христиане и мусульмане: проблемы диалога. Хрестоматия / Под ред. А.В. Журавского. М., 2000.
45. Цветков П. Исламизм. Т. 3: Практические обязанности исламизма. Асхабад, 1913.
46. Фон ден Берг Л.В.С. Основные начала мусульманского права согласно учению имамов Абу Ханифы и Шафии. СПб., 1882.
47. Хрестоматия по истории халифата / Сост. и пер. Л.И. Надирадзе. М., 1968.
48. Шмидт А.Э. Очерки истории ислама как религии // Мир ислама. № 1. Ташкент. СПб., 1912.
49. Абд ар-Рахман Абд Аллах Букайр. Ал-Мадхал ила-л-масаил ал-мухтарали-ма-хаким хадрамавт. Каир, 1964.
50. Абу Абд Аллах Мухаммад ал-Андалуси. Бадаи ас-силк фи табаи ал-милк Ч. 1–2. Багдад, 1977.
51. Абу Исхак Ибрахим ибн Муса ибн Мухаммад аш-Шатиби. Китаб ал-мувафакат. Ч. 1–4. Тунис, 1885.
52. Абу Йала Мухаммад ал-Ханбали. Ал-Ахкам ас-султанийа. Каир, 1966.
53. Абу Йусуф. Китаб ал-харалж. Каир, 1928.
54. Абу Мухаммад ал-Кайравани. Ар-Рисала. Алжир, 1979.
55. Абу Хамид Мухаммад ал-Газали. Ихйа улум ад-дин. Ч. 1–4. Каир, 1939.
56. Абу Ханифа Нуман ибн Сабит. Ал-Фикх ал-акбар. Казань, 1914.
57. Абу ал-Хасан Али ал-Маварди. Адаб ал-кади. Багдад, 1971.
58. Абу Хатим Мухаммад ал-Казвини. Китаб ал-хийал фи-л-фикх. Ганновер, 1924.
59. Абу ал-Хусайн Мухаммад ибн Али ибн ат-Тайиб. Китаб ал-мутамад фи усул ал-фикх. Ч. 1–2. Дамаск, 1964–1965.
60. Вахба аз-Зухайли. Ал-Фикх ал-ислами ва адиллатуху. Ч. 1–8. Дамаск, 1984.
61. Венсинк А. Ал-Муджам ал-муфахрас ли-алфаз ал-хадис ан-набави. Ч. 1–7. Лейден, 1936–1969.
62. Джалал ад-Дин ас-Суйути. Ал-Джами ас-сагир. Ч. 1–2. Казань, 1909.
63. Закарийа ал-Ансари. Минхалж ат-туллаб. Тамирхан–Шура, 1907.
64. Ибн ал-Араби. Мекканские откровения (Аль-Футухат альмаккийа) / Введ., пер. с араб., примеч. и библиогр. А.Д. Кныша. СПб., 1995.
65. Ибн Идрис Абу Абд Аллах аш-Шафии. Китаб ал-умм. Ч. 1–7. Каир, 1978.
66. Ибн Исхак Халил. Мухтасар. Париж, 1900.
67. Ибн Халдун. Мукаддима. (Б. м., б. г.).

ИЗБРАННАЯ БИБЛИОГРАФИЯ ПО ИСЛАМСКОМУ ПРАВУ

68. Ибн ал-Хасан Али ибн Мухаммад ибн Хабиб ал-Басри ал-Маварди. Ал-Ахкам ас-султанийа ва-л-вилаят ал-динийа. Каир, 1973.
69. Иахйа ибн Адам. Китаб ал-харадж. Лейден, 1896.
70. Кахтан Абд ар-Рахман ал-Дури. Сафват ал-ахкам мин найл ал-автар ва субул ас-салам. Багдад, 1974.
71. Мавсуат ал-фикх ал-ислами. Каир, 1965.
72. Маджаллат ал-ахкам ал-адлийа. Константинополь, 1880.
73. Мунир ал-Кадри. Шарх ал-маджалла. Ч. 1–4. Багдад, 1949.
74. Ал-Мутамар ат-шаби ал-амм. Ал-Мисак ал-ватани. (Б. м., б. г.).
75. Мухаммад Амин ибн Абидин. Хашийат насамат ал-асхар. Стамбул, 1883.
76. Мухаммад аз-Захри ал-Гамрави. Ас-Саррадж ал-ваххадж. Каир, 1933.
77. Мухаммад ибн Али аш-Шавкани. Алаб ат-талаб. Сана, 1979.
78. Мухаммад ибн Ахмад ибн Джузай ал-Гирнати ал-Малики. Каванин ал-ахкам аш-шарийа ва масаил ал-фуру ал-фикхийа. Бейрут, 1968.
79. Мухаммад ибн ал-Хасан аш-Шайбани. Ал-Джами ал-кабир. Каир, 1936.
80. Мухаммад Кадри Паша. Китаб муршид ал-хайран ила марифат ахвал ал-инсан. Каир, 1890.
81. Мухаммад ал-Марир. Китаб ал-абхас ас-самийа фи-л-махаким ал-исламийа. Ч. 1–2. Тетуан, 1955.
82. Мухаммад Хасанайн Махлуф. Булуг ас-сул фи мадхал илм ал-усул. Каир, 1966.
83. Мухи ад-Дин Абу Закарийа ан-Навави Минхадж ат-талибин. Ч. 1–3. Батавия, 1882–1885.
84. Мухи ад-Дин Абу Закарийа ан-Навави. Тахзиб ал-асма ва-л-лугат. Т. 1–2. Каир, (б. г.).
85. Садр ад-Дин Абу Абд Аллах Мухаммад ибн Абд ар-Рахман ал-Димашки. Китаб рахмат ал-умма фи-ихтилаф ал-аимма. Булак, 1883.
86. Садр аш-Шариа Убайд Аллах ибн Масуд ал-Махбуби. Тавдих маа хашийат ат-талвих ва шарх аш-шарх. Ч. 1–2. Казань, 1913.
87. Салих ибн Галиб ал-Куайти ал-Йаффи. Масадир ал-ахкам аш-шарийа. Ч. 1–3. Каир, 1950.
88. Султан ибн Мухаммад Али. Хуласат ал-фикх. Казань, 1910.
89. Таки ад-Дин ибн Таймийа. Ас-Сийаса аш-шарийа фи ислах ар-раи ва-р-раийа. Каир, 1969.
90. Ал-Фатва ал-баззазийа. Ч. 1–2. Казань, 1889.
91. Ал-Фатва ал-хиндийа. Т. 1–4. Булак, 1892.
92. Ал-Хади ал-Факих Абу ал-Лаййис Наср ибн Мухаммад ибн Ахмад ибн Ибрахим ас-Самарканди. Хизанат ал-фикх ва уйун ал-масаил. Т. 1. Багдад, 1965.
93. Хасанайн Махлуф. Фатава шарийа ва бухус исламийа. Ч. 1–2. Каир, 1965.
94. Ал-Хафиз ибн Хаджар ал-Аскалани. Булуг ал-марам мин джам адиллат ал-ахкам. Каир, 1532 г. х.

95. Шамс ад-Дин Мухаммад ибн Каййим ал-Джавзийя. Ат-Турук ал-хукмийа фи-с-сийаса аш-шарийа. Каир, 1317 г. х.
96. Шарх ал-Бадахши ва шарх ал-Аснави. Ч. 1. Каир, (б. г.).
97. Baillie N. B. A Digest of Muhammadan Law. P. 1–2. Lahore, 1965.
98. The Encyclopaedia of Islam. New ed. Ed. by H. A. R. Gibb. Vol. 1–5. Leiden-London, 1954 – 1984.
99. Ibn al-Nadim, Muhammad ibn Ishaq. The Fihrist of al-Nadim. N.Y.–L., 1970.
100. International Encyclopaedia of Comparative Law. Vol. 1. The National Reports. Tübingen, Mouton, The Hague, Paris.
101. Liebesny H. J. The Law of the Near and Middle East. Readings, Cases and Materials. N. Y., 1975.
102. Al-Shafii Muhammad ibn Idris. Islamic Jurisprudence. Shafii's Risala. Trans. with introduction by Majid Khaddury. Baltimore, 1961.
103. Shorter Encyclopaedia of Islam. Leiden, 1953.
104. Wensinck A.Y. A Handbook of Early Muhammedan Tradition. Alphabetically Arranged. Leiden, 1971.

Труды современных авторов

1. Авксентьев А. Коран, шариат и адаты. Ставрополь, 1966.
2. Алексеев Ф. О новой конституции Ирана // Сов. государство и право. 1980. № 6.
3. Асадов А.И. Об источниках мусульманского права // Ученые записки Азербайджанского государственного университета им. С.М. Кирова. Серия юридических наук. № 2. Баку, 1968.
4. Бартольд В.В. Работы по истории ислама и арабского халифата. Сочинения. Т. VI. М., 1966.
5. Бациева С.М. Историко-социологический трактат Ибн Халдуна «Мукаддима». М., 1965.
6. Беляев Е.А. Арабы, ислам и Арабский халифат в раннем средневековье. М., 1966.
7. Беляев Е.А. Мусульманское сектантство: исторические очерки. М., 1957.
8. Боголюбов А.С. К вопросу о рационалистическом принципе ар-ра'й в ранне-мусульманской правовой науке // Арабские страны. История, экономика. М., 1974.
9. Боголюбов А.С. Пресечение и наказание в мусульманском праве VIII–IX вв. // Ислам. Религия, общество, государство. М., 1984.
10. Боголюбов А.С. Этико-правовые воззрения Абу Ханифы ан-Нумана // Палестинский сборник. Вып. 19/82. М., 1969.
11. Большаков О.Г. История халифата. Т. 1: Ислам в Аравии (570–633). М., 1989; Т. 2: Эпоха великих завоеваний (633–656). М., 1993; Т. 3: Между двух гражданских войн (656–696). М., 1998.

ИЗБРАННАЯ БИБЛИОГРАФИЯ ПО ИСЛАМСКОМУ ПРАВУ

12. Большаков О.Г. Средневековый город Ближнего Востока. VII – середина XIII в. Социально-экономические отношения. М., 1984.
13. Вагабов М.В. Ислам и семья. М., 1980.
14. Васильев Л.С. Ислам как религиозная доктрина // Азия и Африка сегодня. 1977. № 7.
15. Васильев Л. Ислам: направления, течения, секты. Ортодоксальный ислам. Сунниты // Азия и Африка сегодня. 1980. № 1.
16. Васильев Л. Ислам: направления, течения, секты. Оппозиционный ислам. Шииты // Азия и Африка сегодня. 1980. № 2.
17. Васильев Л.С. История религий Востока (религиозно-культурные традиции и общество). М., 1983.
18. Гайнутдин Р. Ислам в современной России. М., 2004.
19. Георгиев А. Ислам и проблемы развития государственно-политических систем в мусульманском мире (На примере стран Ближнего и Среднего Востока) // Сов. государство и право. 1982. № 11.
20. Гольдциэр И. Ислам. СПб., 1911.
21. Гольдциэр И. Лекции об исламе. СПб., 1912.
22. Грюнебаум Г.Э., фон. Классический ислам. Очерки истории (632–1258). М., 1986.
23. Грюнебаум Г.Э., фон. Основные черты арабо-мусульманской культуры. М., 1981.
24. Грязневич П.А. Ислам и государство (к истории государственно-политической идеологии раннего ислама) // Ислам. Религия, общество, государство. М., 1984.
25. Грязневич П.А. Проблемы изучения истории возникновения ислама // Ислам. Религия, общество, государство. М., 1984.
26. Гусев Е.В. Реформа брачно-семейного права в некоторых странах Арабского Востока и Индонезии // Проблемы правоведения. Республиканский межведомственный научный сборник. Вып. 42. Киев, 1981.
27. Давид Р. Основные правовые системы современности (сравнительное право). М., 1967. (1988, 1999)
28. Денисов В.Н. Системы права развивающихся стран. Становление и развитие национальных систем права стран Африки, освободившихся от британского колониализма. Киев, 1978.
29. Дорошенко Е.А. Шиитское духовенство в современном Иране. Изд. 2-е, испр. и доп. М., 1985.
30. Дулина Н.А. Реформы танзимата и шариат // Ислам в истории Востока. М., 1981.
31. Дулина Н. А. Танзимат и Мустафа Решид-паша. М., 1984.
32. Емельянов В. Древневосточные корни ислама // Исламская культура в мировой цивилизации и новые идеи в философии. Уфа–СПб., 2001.

ИЗБРАННАЯ БИБЛИОГРАФИЯ ПО ИСЛАМСКОМУ ПРАВУ

33. Еремеев Д. Ислам: образ жизни и стиль мышления. М., 1990.
34. Еремеев Д. Ислам как образ жизни // Азия и Африка сегодня 1977. № 9.
35. Еремеев Д. Коран как историко-этнографический источник // Азия и Африка сегодня, 1984. № 12.
36. Еремеев Д.Е. Отражение патриархальных и родоплеменных традиций в шариате (к вопросу о социальных истоках мусульманского права) // Народы Азии и Африки. 1983. № 1.
37. Ермаков Д. В. Ибн Ханбал и начало ханбалитства // Религии мира. История и современность. Ежегодник. 1984. М., 1984.
38. Ермаков Д.В. Хадисы и хадисная литература // Ислам. Историографические очерки / Под ред. С.М. Прозорова. М., 1991.
39. Журавский А.В. Христианство и ислам: социокультурные проблемы диалога. М., 1990.
40. Эль-Зефири Хидр Мухаммед Джафар. Источники мусульманского права и критика их толкования современными мусульманскими юристами: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1976.
41. Иманаев Ш.А. Мусульманский гражданский юридический строй как продукт общественности. Казань, 1926.
42. Ионова А.И. Ислам в Юго-Восточной Азии: проблемы современной идейной эволюции. М., 1981.
43. Каминский С.А. Институт монархии в странах Арабского Востока. М., 1981.
44. Капустин Б.Г. Основные направления исторической эволюции социальных исламских учений (теоретическая постановка вопроса) // Ислам. Проблемы идеологии, права, политики и экономики. М., 1985.
45. Казн К. Кочевники и оседлые в средневековом мусульманском мире // Мусульманский мир. 950-1150. М., 1981.
46. Керимов Г.М. Шариат и его социальная сущность. М., 1978.
47. Кисляков Н.А. Наследование и раздел имущества у народов Средней Азии и Казахстана. Л., 1977.
48. Кисляков Н.А. Очерки по истории семьи и брака у народов Средней Азии и Казахстана. Л., 1969.
49. Климович Л.И. Ислам. Очерки. М., 1962.
50. Климович Л.И. Коран и его догматы. Алма-Ата, 1958.
51. Клочков В.В. Религия, государство, право. М., 1978.
52. Крашенинникова Н.А. Индусское право: история и современность. М., 1982.
53. Крымский А. История арабов и арабской литературы, светской и духовной (Корана, фикха, сунны и пр.). Ч. 2. М., 1912.
54. Крымский А.Е. История мусульманства / Самостоятельные очерки, обраб. и доп. пер. из Дози и Гольдциэра А. Крымского. Ч. 1-2. М., 1904; Ч. 3. М., 1912.
55. Крымский А.Е. Лекции по Корану. М., 1902.
56. Кулиев Э. На пути к Корану. М., 2003.

57. Лапшов Б.А., Халевинский И.В. Об исторических условиях возникновения ислама и некоторых особенностях исламских движений современности // Обществ. науки в Узбекистане. 1982. № 4.
58. Лапшов Б., Халевинский И. Становление раннего ислама // Вопросы истории. 1982. № 11.
59. Левин З.И. Ислам в арабских странах: неотрадиционализм и возрожденчество (вторая половина XX в.) // Зарубежный Восток: религиозные традиции и современность. М., 1983.
60. Литвинов П.П. Государство и Ислам в Русском Туркестане (1865–1917). (По архивным материалам). Елец, 1998.
61. Мавлютов Р.Р. Ислам. М., 1969.
62. Макдиси Дж. Суннитское возрождение // Мусульманский мир. 950–1150. М., 1981.
63. Массэ А. Ислам. Очерк истории. М., 1982.
64. Мейер М.С. Особенности светской и духовной власти в османской политической системе в XVI–XVIII вв. // Ислам в истории народов Востока (сб. ст.). М., 1981.
65. Мейер М.С. О соотношении светской и духовной власти в политической системе Османской империи // Народы Азии и Африки. 1979. № 3.
66. Мец А. Мусульманский Ренессанс. М., 1966.
67. Муллаев М. Происхождение и реакционная сущность шариата. Душанбе, 1967.
68. Муминов А. Имом-и Аъзам Абу Ханифа // Мулокот. 1994. №7–8.
69. Муминов А. Мовароуннахр уламолари: ҳанафийлар // Шарқшунослик. 1999. № 9.
70. Муминов А. Мовароуннахр ҳанафий фикҳи // Имом ал-Бухорий сабоқлари. 2001. № 1.
71. Муминов А. Новые направления в изучении истории братства йасавийа // Общественные науки в Узбекистане. 1993. № 11–12.
72. Муминов А. О происхождении братства йасавийа // Сб. ст. «Ислам и проблемы межкультурных взаимодействий». М., 1994.
73. Муминов А. Светское и религиозное в интерпретации «улама» в средневековой Центральной Азии // Ислам и светское государство / Под общей ред. З.И. Муннавварова и В. Шнайдера-Детерса. Ташкент: Международный Фонд Имама ал-Бухари, Фонд им. Фридриха Эберта, 2003.
74. Муминов А. Святые места в Центральной Азии (Взаимодействие общенсламских и местных элементов) // Маяк Востока. 1996. № 1–2.
75. Муминов А. Традиционные и современные религиозно-теологические школы в Центральной Азии // Центральная Азия и Кавказ. № 4(5). 1999.
76. Муминов А., Жандарбеков З. Яссавия таълимоти вужудга келган мухит ҳақида муҳим манба // Шарқшунослик. 1994. № 5.

ИЗБРАННАЯ БИБЛИОГРАФИЯ ПО ИСЛАМСКОМУ ПРАВУ

77. Муминов А., Иброхимовым Н. Хоразмдаги Маъмунийлар академияси // Жахон адабиёти. 1998. № 5.
78. Муминов А., Кюгельген А. фон. Х аср Самарқанд илоҳиётчилари // Имом ал-Бухорий сабоқлари. Ташкент. 2003. № 1.
79. Муромцев Г.И. Влияние ислама на политическое и правовое развитие африканских стран социалистической ориентации // Проблемы государства и права стран Азии, Африки и Латинской Америки. М., 1971.
80. Муромцев Г.И. Ислам и мусульманское право в странах социалистической ориентации // Мусульманское право (структура и основные институты). М., 1984.
81. Муромцев Г.И. Конституции арабских государств: Учебное пособие. М., 1982.
82. Муромцев Г.И. Мусульманское право и правовые системы государств Африки, избравших некапиталистический путь развития // Правоведение. 1968. № 3.
83. Муромцев Г.И. Правовой статус личности в арабских странах // Сов. государство и право. 1983. № 12.
84. Мусульманское право (структура и основные институты). М., 1984.
85. Мюллер А. История ислама с основания до новейших времен. Т. 1–3. СПб., 1895–1896.
86. Наливкин В., Наливкина М. Очерк быта оседлого туземного населения Ферганы. Казань, 1886.
87. Наумкин В.В. К вопросу о хасса и амма (традиционная концепция «элиты» и «массы» в мусульманстве) // Ислам в истории народов Востока. Сб. ст. М., 1981.
88. Наумкин В.В., Пиотровский М.Б. X–XII вв. в истории народов Ближнего и Среднего Востока. «Эпоха трансформации»? // Мусульманский мир. 950–1150. М., 1981.
89. Негря Л.В. Общественный строй Северной и Центральной Аравии в V–VII вв. М., 1981.
90. Онан Э.С. Ислам и конституционное строительство в странах Востока // Мусульманское право (структура и основные институты). М., 1984.
91. Пелевин С.М. Брак и развод по законодательству НДРЙ // Правоведение. 1979. № 4.
92. Периханян А.Г. Общество и право Ирана в парфянский и сасанидский периоды. М., 1983.
93. Петрушевский И.П. Ислам в Иране в VII–XV веках. Курс лекций. Л., 1966.
94. Пиотровский М.Б. Исторические судьбы мусульманского представления о власти // Социально-политические представления в исламе. История и современность. М., 1986.
95. Пиотровский М. Б. Коранические сказания. М., 1991.
96. Пиотровский М.Б. Мухаммед, пророки, лжепророки, кахины // Ислам в истории народов Востока. Сб. ст. М., 1981.

97. Пиотровский М.Б. О природе власти Мухаммеда // Государственная власть и общественно-политические структуры в арабских странах. История и современность. М., 1984.
98. Пиотровский М.Б. Светское и духовное в теории и практике средневекового ислама // Ислам. Религия, общество, государство. М., 1984.
99. Прозоров С.М. «Правоверие» и «заблуждение» в раннем исламе // Восток. 1991. № 6.
100. Прозоров С.М. Учение шиитов об имамате в труде ал-Хасана ан-Наубахти (конец IX в.) // Письменные памятники Востока. Историко-филологические исследования. Ежегодник. 1970, М., 1974.
101. Прозоров С.М. Шиитская доктрина верховной власти // Ислам в современной политике стран Востока (конец 70-х – начало 80-х годов XX в.). М., 1986.
102. Прозоров С.М. Шиитская (имамитская) доктрина верховной власти // Ислам. Религия, общество, государство. М., 1984.
103. Резван Е.А. Коран и коранистика // Ислам. Историографические очерки. М., 1991.
104. Резван Е.А. Коран и его толкования. СПб., 2001.
105. Рзаев А.К. М. Казем-Бек — основоположник изучения мусульманского права в России // Изв. АН АзССР. Серия философии, истории права. Баку, 1974. № 3.
106. Рзаев А.К. Мирза Казем-Бек. Баку, 1965.
107. Рзаев А.К. Мусульманская политико-правовая идеология и современность // Политические и правовые учения: проблемы исследования и преподавания. М., 1978.
108. Родионов М.А. Ислам классический. СПб., 2001.
109. Роузентал Ф. Торжество знания. Концепция знания в средневековом исламе. М., 1978.
110. Садагдар М.И. Основы мусульманского права. М., 1968.
111. Саидбаев Т.С. Ислам и общество. Опыт историко-социологического исследования. Изд. 2-е, доп. М., 1984.
112. Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (Основные правовые системы современности) / Отв. ред. В.А. Туманов. М., 2007.
113. Саидов А.Х. Сравнительное правоведение и юридическая карта мира / Отв. ред. В.А. Туманов. М., 1993.
114. Саидов А.Х. Типология и классификация правовых систем современности // Правоведение. 1985. № 2.
115. Стецкевич Т.А. Проблемы происхождения и ранней истории ислама в советской историографии // Актуальные проблемы изучения истории религии и атеизма. Л., 1977.

ИЗБРАННАЯ БИБЛИОГРАФИЯ ПО ИСЛАМСКОМУ ПРАВУ

116. Супатаев М.А. Мусульманское право и его роль в правовых системах стран Тропической Африки // Мусульманское право (структура и основные институты). М., 1984.
117. Супатаев М.А. Обычное право в странах Восточной Африки. М., 1984.
118. Сухов А.Д. Религия как общественный феномен (Философские проблемы исследования). М., 1973.
119. Сюкияйнен Л.Р. Аграрные преобразования и мусульманская правовая идеология в странах Востока // Правовое регулирование аграрных отношений. М., 1986.
120. Сюкияйнен Л.Р. Арабо-исламская политическая и правовая мысль // История политических и правовых учений. XIX в. М., 1993.
121. Сюкияйнен Л.Р. Влияние ислама на конституции развивающихся стран Востока // Политическая власть и конституция в развивающихся странах. М., 1987.
122. Сюкияйнен Л.Р. Глобализация и проблемы прав человека в свете мусульманско-правовой культуры // Ислам и современные международные отношения. М., 2001.
123. Сюкияйнен Л.Р. Государственно-правовые теории ислама в современном конституционном строительстве развивающихся стран // Современный ислам: проблемы политики и идеологии. Вып. 2. М., 1983.
124. Сюкияйнен Л.Р. Доктрина как источник мусульманского права // Источники права. М., 1985.
125. Сюкияйнен Л.Р. Ислам и конституционный статус личности в странах Зарубежного Востока // Правовое положение личности. М., 1987.
126. Сюкияйнен Л.Р. Ислам и политические партии // Новое слово. 1995. № 2–3.
127. Сюкияйнен Л.Р. Исламская концепция прав человека: теоретические основы, тенденции и перспективы развития // Права человека: итоги века, тенденции и перспективы. М., 2002.
128. Сюкияйнен Л.Р. Источники торгового права арабских стран // Правовое регулирование экономики. М., 1979.
129. Сюкияйнен Л.Р. Концепции халифата и современное государственно-правовое развитие зарубежного Востока // Ислам: проблемы идеологии, права, политики и экономики. М., 1985.
130. Сюкияйнен Л.Р. Концепция мусульманского государства: доктрина и реальность // Критика буржуазных политических и правовых концепций. М., 1984.
131. Сюкияйнен Л.Р. Концепция мусульманской формы правления и современное государство в странах Арабского Востока // Социально-политические представления в исламе. История и современность. М., 1986.
132. Сюкияйнен Л.Р. Концепция халифата и сравнительное государствоведение в странах Арабского Востока // Право и политика в развивающихся странах. М., 1991.

ИЗБРАННАЯ БИБЛИОГРАФИЯ ПО ИСЛАМСКОМУ ПРАВУ

133. Сюкияйнен Л.Р. Концепции халифата и современное государственно-правовое развитие зарубежного Востока // Ислам. Проблемы идеологии, права, политики и экономики: Сб. ст. М., 1986.
134. Сюкияйнен Л.Р. Мусульманская государственно-правовая доктрина // Современное буржуазное государственно-правовое. Критические очерки. 1. Буржуазная наука государственного права. М., 1987.
135. Сюкияйнен Л.Р. Мусульманская правовая мысль // История политических и правовых учений. XVII–XVIII вв. М., 1989.
136. Сюкияйнен Л.Р. Мусульманские суды в странах Арабского Востока // Государственный аппарат. М., 1984.
137. Сюкияйнен Л.Р. Мусульманское деликтное право стран зарубежного Востока // Мусульманское право (структура и основные институты). М., 1984.
138. Сюкияйнен Л.Р. Мусульманское право в правовых системах стран Востока // Государство и право в развивающихся странах. М., 1976.
139. Сюкияйнен Л.Р. Мусульманское право и регулирование права собственности в законодательстве стран Арабского Востока // Правовое регулирование экономики. М., 1979.
140. Сюкияйнен Л.Р. Мусульманское право и семейное законодательство стран Арабского Востока // Мусульманское право (структура и основные институты). М., 1984.
141. Сюкияйнен Л.Р. Мусульманское право как источник законодательства: толкование конституций стран Арабского Востока // Право развивающихся стран: традиции и заимствования. М., 1985.
142. Сюкияйнен Л.Р. Мусульманское право как объект общей теории права // Сов. государство и право. 1979. № 1.
143. Сюкияйнен Л.Р. Мусульманское право. Вопросы теории и практики. М., 1986.
144. Сюкияйнен Л.Р. Особенности развития науки конституционного права на Арабском Востоке // Конституционное право развивающихся стран. Предмет, наука. М., 1987.
145. Сюкияйнен Л.Р. Политическая и правовая мысль Арабского Востока // История политических и правовых учений. М., 1986.
146. Сюкияйнен Л.Р. Средневековая мусульманская политико-правовая мысль // История политических и правовых учений. Средние века и Возрождение. М., 1986.
147. Сюкияйнен Л.Р. Структура мусульманского права // Мусульманское право (структура и основные институты). М., 1984.
148. Сюкияйнен Л.Р. Теория мусульманского государства и современность // Сов. государство и право. 1983. № 9.
149. Сюкияйнен Л.Р. Шариат и мусульманско-правовая культура // Центральная Азия и Кавказ. 1999. № 4(5).

ИЗБРАННАЯ БИБЛИОГРАФИЯ ПО ИСЛАМСКОМУ ПРАВУ

150. Сюкияйнен Л.Р. Шариат и мусульманско-правовая культура. М., 1997.
151. Сюкияйнен Л.Р. Шариат, обычай и закон: координаты правового бытия российского мусульманина // Человек и право. М., 1999.
152. Сюкияйнен Л.Р. Шариат: религия, нравственность, право // Государство и право. 1996. № 8.
153. Сюкияйнен Л.Р. Шариатское правосудие: теоретические основы и практика // Отечественные записки. 2003. № 2.
154. Тахиров Ф.Т. Толкование «адата» в дореволюционном Таджикистане: основные понятия и значение // Из истории развития политико-правовых идей. М., 1984.
155. Уотт У.М. Влияние ислама на средневековую Европу. М., 1976.
156. Уотт У.М., Какиа П. Мусульманская Испания. М., 1976.
157. Фильштинский И.М. История арабской литературы V – начала X в. М., 1985.
158. Фильштинский И.М. История арабов и халифата (750–1517 гг.). М., 1999.
159. Фильштинский И.М., Шидфар Б.Я. Очерки арабо-мусульманской культуры (VII–XII вв.). М., 1971.
160. Фролова Е.А. Проблемы веры и знания в арабской философии. М., 1983.
161. Хайдарова М.С. Основные направления в трактовке обычного права арабов Северной и Центральной Аравии // Из истории развития политико-правовых идей. М., 1984.
162. Хайдарова М.С. Основные направления и школы мусульманского права // Мусульманское право (структура и основные институты). М., 1984.
163. Хайдарова М.С. Формирование и развитие мусульманского права в Арабском халифате (VII–XIII вв.): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1985.
164. Хайдарова М.С. Формирование и развитие мусульманского права в Арабском халифате в VII–XIII вв. // Историко-правовые исследования: проблемы и перспективы. М., 1982.
165. Халидов А.Б. Арабские рукописи и арабская рукописная традиция. М., 1985.
166. Чиркин В.Е. Мусульманская концепция права // Мусульманское право (структура и основные институты). М., 1984.
167. Чистякова Т.А. Арабский халифат. М., 1962.
168. Шабанов Ф.Ш. Государственный строй и правовая система Турции в период Танзимата. Баку, 1967.
169. Шабанов Ф.Ш., Алиев Р.Я. Некоторые положения ханифитской юриспруденции // Ислам. Проблемы идеологии, права, политики и экономики. Сб. ст. М., 1985.
170. Шайдуллина Л.И. Арабская женщина и современность (эволюция ислама и женский вопрос). М., 1978.
171. Шарль Р. Мусульманское право. М., 1959.
172. Шифман И.Ш. О некоторых установлениях раннего ислама // Ислам. Религия, общество, государство. М., 1984.

173. Шмидт А.Э. Очерки истории ислама как религии. СПб., 1912.
174. Юлдашева О. К вопросу о сути источников мусульманского права // Актуальные вопросы теории и истории права и применения советского законодательства. Душанбе, 1975.
175. Юлдашева А. К вопросу о сущности шариата // Таджикский государственный университет. Кафедра теории и истории государства и права. Уч. зап. Т. 2. Душанбе, 1969.
176. Al-Marghinani, Burhan al-Din, Al-Hidayah: Sharh Bidayat al-Mubtadi, 4 vols., Cairo 1326-27 A.H., trans. by Charles Hamilton: The Hedaya or Guide: A Commentary on the Mussulman Laws, 2nd edn., London, 1870; rep. Lahore, 1957.
177. Afchar H. The Muslim Conception of Law, International Encyclopaedia of Comparative Law. Vol. 2. The Legal Systems of the World. Their Comparison and Unification. Chap. 1. The Different Conceptions of the Law. Tübingen—Mouton—The Hague—Paris, 1975.
178. Anderson J.N.D. The Adaptation of Muslim Law in Sub-Saharan Africa // African Law. Adaptation and Development. Berkeley—Los Angeles, 1965.
179. Anderson J.N.D. Codification in the Muslim World // Rabel's Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht. Tübingen, 1966. Bd. 30.
180. Anderson J.N.D. The Future of Islamic Law in British Commonwealth Territories in Africa // African Law. New Law for New Nations. N. Y., 1963.
181. Anderson J.N.D. Islamic Law in Africa. L., 1970.
182. Anderson J.N.D. Islamic Law in Africa: Problems of Today and Tomorrow. Changing Law in Developing Countries. Ed by J.N.D. Anderson. L., 1963.
183. Anderson J.N.D. Islamic Law in the Modern World. N. Y., 1959.
184. Anderson J.N.D. Law as a Social Force in Islamic Culture and History. Bulletin of the School of Oriental and African Studies. L., 1957, vol. 20.
185. Anderson J.N.D. Law Reform in the Muslim World. L., 1976.
186. Anderson J.N.D. Modern Trends in Islam: Legal Reform and Modernisation in the Middle East // International and Comparative Law Quarterly. L., 1971, Vol. 20.
187. Anderson J.N.D. Recent Developments in the Sharia // Muslim World. Vol. 40—42. Hartford, 1950—1952.
188. Anderson J.N.D. The Sharia Today // The Journal of Comparative Legislation and International Law. 3rd Series. Vol. 31, pt. III—IV. L., 1949.
189. Anderson J.N.D. The Significance of Islamic Law in the World Today // The American Journal of Comparative Law. Baltimore, 1960, Vol. 9, № 9.
190. Badr G.M. Islamic Law: Its Relation to Other Legal Systems // The American Journal of Comparative Law. Berkeley, 1978. Vol. 26, № 2.
191. Bousquet G.-H. Le droit musulman. P., 1963.
192. Chehata Ch. Etudes de Droit Musulman. Vol. 1—2. P., 1971—1973.
193. Chehata Ch. The Structure of Islamic Law // International Encyclopaedia of Comparative Law. Vol. 2. The Legal Systems of the World. Their Comparison and

ИЗБРАННАЯ БИБЛИОГРАФИЯ ПО ИСЛАМСКОМУ ПРАВУ

- Unification. Chap. 2. Structure and the Divisions of the Law. Tübingen—Mouton—The Hague—Paris, 1974.
194. Coulson N.J. Conflicts and Tensions in Islamic Jurisprudence. Chicago, 1969.
195. Coulson N.J. A History of Islamic Law. Edinburgh, 1954.
196. Doi A., Rahman I. The Cardinal Principles of Islam (according to the Maliki Systems). Ibadan, 1981.
197. Doi A., Rahman I. Sharia. The Islamic Law. L., 1984.
198. Fyzee A.A.A. Outlines of Muhammedan Law. L. N. Y. Bombay, 1955.
199. Fyzee A.A.A. Shii Legal Theories // Law in the Middle East. Ed. by Majid Khadduri and Herbert Liebesny. Vol. 1. Origin and Development of Islamic Law. Wash., 1955.
200. Goldziher I. Introduction to Islamic Theology and Law. Princeton, 1981.
201. Goldziher I. Muslim Studies: Vol. 1 2. L., 1967—1971.
202. Goldziher I., Schacht J. Fikh // The Encyclopedia of Islam. New ed. Vol. 2. Fasc. 36. Leiden L., 1964.
203. Hasan A. Early Modes of Ijtihad: Ray, Qiyas and Istihsan // Islamic Studies. Rawalpindi. 1967. Vol. VI. № 1.
204. Hassan F. The Concept of State and Law in Islam. Washington, 1981.
205. Himmich Ben Salem. De la Formation Idéologique en Islam: Ijtihadat et histoire. P., 1980.
206. Judicial and Legal Systems in Africa. Ed. by A. N. Allott. L., 1970.
207. Khadduri M. Nature and Source of the Sharia // George Washington Law Review. Vol. 22, pt IV. Washington, 1953.
208. Khadduri M. Shafii's Treatise on Islamic Jurisprudence // Труды двадцать пятого международного конгресса востоковедов. Москва, 1960. Т. 2. М., 1963.
209. Liebesny H.J. Comparative Legal History: its Role in the Analysis of Islamic and Modern Near Eastern Legal Institutions // The American Journal of Comparative Law. Berkeley. 1972. Vol. 20. № 1.
210. Liebesny H.J. Impact of Western Law in the Countries of the Near East // George Washington Law Review. Vol. 22. Pt IV. Washington, 1953.
211. Liebesny H.J. Religious Law and Westernisation in the Moslem Near East // The American Journal of Comparative Law. Baltimore, 1953. Vol. 2. № 4.
212. Liebesny H.J. Stability and Change in Islamic Law // The Middle East Journal. Washington, 1967. Vol. 21. № 1.
213. Linant de Bellefonds. Traité de Droit Musulman Compare. Vol. 1—3. P., 1965—1973.
214. Macdonald D.B. Development of Muslim Theology, Jurisprudence and Constitutional Theory. N. Y., 1903.
215. Mardin E. Development of the Sharia under the Ottoman Empire // Law in the Middle East. Ed. by Majid Khadduri and Herbert Liebesny. Vol. 1. Origin and Development of Islamic Law. Washington, 1955.
216. Milliot L. Coutume et Jurisprudence Musulmane (Orf et Amal) // Rapports-Généraux au V Congrès International de Droit Comparé. Bruxelles, 1960.

217. Milliot L. Introduction a l'étude du Droit Musulman. Paris, 1953.
218. Milliot L. La Pensée Juridique de l'Islam // Revue Internationale de Droit Comparé. Paris, 1954.
219. Muminov A. le rôle et la place des jurists hanafites dans la vie urbaine de Boukhara et de Samarcande entre le XIe et le début du XIIIe siècle // Cahiers d'Asie centrale, vol. 9 (2001). Études Karakhanides.
220. Muminov A. Traditional and Modern Religious-Theological Schools in Central Asia // Political Islam and Conflicts in Russia and Central Asia. Edited by Lena Jonson and Murad Esenov. Stockholm: The Swedish Institute of International Affairs, 1999.
221. Muminov A., Shupé M. Un document genealogique (nasab-nama) d'une famille de hwaja yasawi dans le Khanat de Kokand (XIXe S.) // Eurasian Studies. 2002. № 1.
222. Onar S.S. The Majalla // Law in the Middle East. Ed. by Majid Khadduri and Herbert Liebesny. Vol. 1. Origin and Development of Islamic Law. Washington, 1955.
223. Ottoman Law and the Sharia // The Journal of Comparative Legislation and International Law. 3rd Series. Vol. XXII. London, 1940.
224. Pearl D. A Textbook on Muslim Law. London, 1979.
225. Rahman F. Islamic Methodology in History. Karachi, 1965.
226. Ramadan S. Islamic Law. Its Scope and Equity. London, 1961.
227. Santillana D. Istituzioni di Diritto Musulmano Malichita. Vol. 1-2. Rome, 1925-1938.
228. Santillana D. Law and Society. The Legacy of Islam. Oxford, 1968.
229. Schacht J. Droit Byzantin et Droit Musulman. Rome, 1956.
230. Schacht J. Esquisse d'une Histoire du Droit Musulman. Paris, 1953.
231. Schacht J. Foreign Elements in Ancient Islamic Law // The Journal of Comparative Legislation and International Law. 3rd Series. Vol. XXXII. London, 1950.
232. Schacht J. An Introduction to Islamic Law. Oxford, 1966.
233. Schacht J. Islamic Religious Law. The Legacy of Islam. 2nd ed. Oxford, 1979.
234. Schacht J. The Law. Unity and Variety in Muslim Civilization. Chicago, 1955.
235. Schacht J. The Origins of Muhammadan Jurisprudence. Oxford, 1950.
236. Schacht J. Pre-Islamic Background and Early Development of Jurisprudence // Law in the Middle East. Ed. by Majid Khadduri and Herbert Liebesny. Vol. 1. Origin and Development of Islamic Law. Washington, 1955.
237. Schacht J. The Schools of Law and Later Development of Jurisprudence // Law in the Middle East. Ed. by Majid Khadduri and Herbert Liebesny. Vol. 1. Origin and Development of Islamic Law. Washington, 1955.
238. Schacht J. Sharia // Shorter Encyclopaedia of Islam. Leiden, 1953.
239. Schacht J. Usul // Shorter Encyclopaedia of Islam. Leiden, 1953.
240. Shehaby N. Iliya and Qiyas in Early Islamic Legal Theory // The Journal of American Oriental Society. New-Haven, 1982. Vol. 102. № 1.

ИЗБРАННАЯ БИБЛИОГРАФИЯ ПО ИСЛАМСКОМУ ПРАВУ

241. The Hedaya: A Commentary on the Mussulman Laws, by Burhanuddin Abu Bakr Al-Marghinani Ali, transl. C. Hamilton, ed. S. G. Grady, 2nd edn (1963), pp. 526-529 (vol. III, Bk XXXV, ii); 707-708 (vol. IV, Bk LIII), reprint 1975, Lahore.
242. Theology and Law in Islam. Ed. by G. E. von Grunebaum. Wiesbaden, 1971.
243. Travaux de la Semaine Internationale de Droit Musulman. Paris, 1953.
244. Tyan E. Méthodologie et Sources du Droit en Islam // *Studia Islamica*. Vol. 10. Paris, 1959.
245. Vesey-Fitzgerald S. Muhammadan Law. An Abridgment According to Its Various Schools. Oxford, 1931.
246. Vesey-Fitzgerald S. Nature and Sources of the Sharia // *Law in the Middle East*. Ed. by Maid Khadduri and Herbert Liebejsny. Vol. 1. Origin and Development of Islamic Law. Washington, 1955.
247. Weiss B. Interpretation in Islamic Law: the Theory of Ijtihad // *The American Journal of Comparative Law*. Berkeley. 1978, Vol. 26. № 2.
248. Ziadeh F.J. Urf and Law in Islam // *The World of Islam. Studies in honour of P.K. Hitti*. L.-N. Y., 1960.

Как купить книги издательства «Волтерс Клувер»?

1. Посмотрите каталог книг на сайте издательства www.wolters-kluwer.ru



2. Закажите нужную Вам книгу любым из 8 способов:

- по тел. (495) 721 89 51
- по факсу (495) 721 89 54
- по e-mail sales@wolters-kluwer.ru
- по почте 127288 Москва, а/я 14
- через Интернет www.wolters-kluwer.ru
- по горячей линии 8-800-200-6789
(звонки по России бесплатно, круглосуточно)
- SKYPE [wolters_kluwer_russia](https://www.skype.com/partners/wolters-kluwer-russia)
- ICQ 197-447-393

по Москве – возможна доставка курьером
в другие регионы – отправка бандеролей по тарифам Почты России

Почему лучше купить книги у нас?

Заказать наши книги непосредственно в издательстве выгодно:

- гарантия наличия книг в продаже
- продажа по издательской цене без торговой наценки
- возможность круглосуточного заказа по бесплатной горячей линии
- быстрое оформление заказа и отправка (прямой договор с «Почтой России»)

Справки по телефону +7 (495) 721 89 52

Научное издание

Бурхануддин Маргинани

ХИДОЯ. Комментарии мусульманского права. В двух частях, четырех томах.

Часть 2. Тома III-IV

Комментарий

Редактор Ю.В. Кан
Дизайн обложки Е.В. Гуров
Верстка А.Л. Цветков

ISBN 978-5-466-00317-8

Подписано в печать 07.11.2007
Формат 70x100/16
Гарнитура Newton
Усл. печ. л. 41,0
Уч.-изд. л. 45,2
Тираж 1000 экз. (2-й завод)



9 785466 003178

Заказ № 1830

ООО «Волтерс Клувер»

127287, Москва, 2-я Хуторская, д. 38А, Бизнес-центр «Mirland», офис 402

Тел.: +7 (495) 721-89-51/52/53

Факс: +7 (495) 721-89-54

E-mail: office@wolters-kluwer.ru

Website: www.wolters-kluwer.ru

Книги издательства можно заказать по тел.: 8-800-200-6789
(круглосуточно; междугородный звонок бесплатно)

Гигиеническая оценка продукции — Санитарно-эпидемиологическое заключение № 77.99.60.953. Д.011524.12.06 о соответствии издания ОСТ 29.124-94 «Издания книжные, ОТУ» санитарным правилам СанПин 1.2.1253-03 «Гигиенические требования к изданиям книжным для взрослых»

ПОЛЬЗОВАТЕЛЬ

ParaType

In Legal Use

Использованы лицензионные шрифты фирмы «ParaType»

Отпечатано в ОАО «Можайский полиграфический комбинат».
143200, г. Можайск, ул. Мира, 93.