

**N E W S**

OF THE NATIONAL ACADEMY OF SCIENCES OF THE REPUBLIC OF KAZAKHSTAN

**SERIES OF SOCIAL AND HUMAN SCIENCES**

ISSN 2224-5294

Volume 4, Number 302 (2015), 28 – 32

**INSTITUTES OF THE FAMILY AND MARRIAGE RIGHT  
IN THE TRADITIONAL RIGHT OF KAZAKHS AND THE MUSLIM RIGHT:  
COMPARATIVE AND LEGAL ANALYSIS**

Toktybaev A.A., Useinova K.R.

Al-Farabi Kazakh National University, Almaty, Kazakhstan

**Key words:** marriage right, Muslim right, monogamy, polygamy, levirate.

**Abstract.** The system of public administration was founded on a common law (adat). Along with an adat norms of the Muslim right worked. Norms of a common law were codified and added at the end of the XVII century at the khan Tauk in the form of the uniform arch under the name "Zhety-Zhargy" (Seven establishment). This code of laws contains norms of administrative, criminal, civil law, the provision on taxes, religious views etc. In these difficult conditions the family and marriage relations in the Kazakh khanate of 15-17 centuries developed.

**УДК 340.141(574)**

**ИНСТИТУТЫ СЕМЕЙНО-БРАЧНОГО ПРАВА В ТРАДИЦИОННОМ ПРАВЕ  
КАЗАХОВ И МУСУЛЬМАНСКОМ ПРАВЕ: СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОЙ АНАЛИЗ**

Токтыбаев А.А., Усенинова К.Р.

Казахский национальный университет им. аль-Фараби, Алматы, Казахстан

**Ключевые слова:** брачное право, мусульманское право, моногамия, многоженство, аменгерство

**Аннотация.** Система государственного управления была основана на обычном праве (адат). Наряду с адатом действовали нормы мусульманского права. Нормы обычного права были кодифицированы и дополнены в конце XVII в. при хане Тауке в виде единого свода под названием «Жеты-Жаргы» (Семь установлений). Этот свод законов содержит нормы административного, уголовного, гражданского права, положение о налогах, религиозных воззрениях и т. д. В этих сложных условиях развивались семейно-брачные отношения в казахском ханстве 15-17 веков.

Источниками семейно-брачного права казахов в традиционном обществе являлись адат и шариат. Необходимо отметить, что из всех сфер традиционного права казахов наибольшему влиянию со стороны шариата подверглось семейно-брачное право.

Анализ мусульманского права, позволяет выделить три фактора на которых зиждется все мусульманское семейное право:

- тесное взаимодействие с религиозными и нравственными нормами;
- поддержка семьи;
- дифференцированный подход к понятию равенства мужчины и женщины.

Исследователь Магомедов И.А. называет эти факторы основными принципами и особенностями мусульманского семейного права [1, с.258].

Так, тесное взаимодействие с религиозными и нравственными нормами прослеживается в том, что существует слаженный механизм регулирования семейных отношений, состоящий из трех элементов:

- идеологический элемент, позволяющий сформировать мировоззренческие устои и жизненные принципы последователя ислама;
- религиозные предписания, устанавливающие определенный уклад жизни мусульманина;
- правовые нормы.

В данной статье мы рассмотрим лишь отдельные институты семейно-брачного права с точки зрения традиционного права казахов и шариата, а именно: правовое положение женщины в традиционном обществе, порядок заключения и расторжения брака.

Если говорить о правовом положении женщины-казашки в традиционном обществе, то оно характеризуется тем, что до выхода замуж она рассматривалась как собственность отца, а после замужества – как собственность мужа и отчасти свекрови, которая по отношению к невестке получает лишь право увещевания.

По казахскому обычному праву женщина не имела право самостоятельно заключать имущественные сделки. Её имущественные права были крайне ограничены. Однако, на практике женщина-казашка находилась в более выгодном положении, чем женщины других народов тюркского происхождения, исповедывающих ислам. Это выражалось в том, что, во-первых, казашки никогда не закрывали своего лица, то есть не носили паранджу и имели право открыто находиться в мужском обществе; во-вторых, без предоставления некоторой свободы и самостоятельности женщине, не мог бы существовать ни один казахский аул. Поэтому в экономическом отношении положение казахской женщины было достаточно прочным. Но этого было недостаточно для того, чтобы и в социальном отношении она заняла соответствующее ей положение.

Если же говорить о мусульманском праве, то в шариате заложено понятие "равного достоинства и различных прав и обязанностей". Это означает, что "мужчина и женщина признаются исламом равными в своем достоинстве перед Богом, признаются полноценными, взаимодополняющими личностями" [1, с.258]. Вместе с тем, в силу того, что они различаются по биологическим и психологическим параметрам, различаются так же их права и обязанности. Так, во-первых, одним из наиболее суровых и консервативных проявлений применения ислама в части правового положения женщины было женское затворничество (хиджаб). Оно широко применялось в городах, крупных населенных пунктах, особенно в семьях зажиточных. Выражался хиджаб в наличии женской половины в доме, специально отделенных мест в юрте, в ограничительных условиях нахождения женщины в обществе мужчин, например, в замене женщины мальчиками при угощении гостей в домашнем быту; во-вторых, согласно мусульманскому праву, у супругов существуют различные уравновешивающие друг друга обязательства. К примеру, если муж должен материально обеспечивать жену и детей, то женщина должна ухаживать за мужем, детьми и домом.

Брак по казахскому обычному праву представлял соглашение между родителями жениха и невесты и имел кроме своего основного назначения – союза мужчины и женщины, самостоятельное социально-хозяйственное значение.

Согласно исламу, брак объявляется божественным установлением; пророк обещает помочь Господа тем, кто прилагает усилия по его созданию, объявляет наличие праведной жены одним из признаков счастья на этом свете, а так же лучшим даром, который может получить мусульманин после обретения богообязанности.

В традиционном казахском обществе и мусульманском праве существовал ряд условий вступления в брак. К ним относились:

1 Достижение брачующимися определённого возраста. В отличие от мусульманского права, где возраст вступления в брак определяется для девушки – 9 лет, а юноши – 12-13 лет; в казахском обычном праве брачный возраст для девушки не определяется, а вопрос о возрасте гражданского и брачного совершеннолетия остаётся спорным. Так, С.Я. Фукс считает, что брачный возраст для юноши – 15 лет [2], по мнению же С. Узбекулы – 13 лет [3].

2 Соблюдение принципа родовой экзогамии. Обычное право казахов запрещало вступать в брак с близкими по крови родственниками по восходящей и нисходящей прямой линии до седьмого колена. Данное требование связано с проблемой нравственного порядка и заботой о здоровом, полноценном потомстве. Что же касается традиционного мусульманского права, то оно не запрещает заключать браки между двоюродными братьями и сестрами.

Необходимо отметить, что нарушение принципа экзогамии очень сильно порицалось в казахском обществе. За эти нарушения следовало сурое наказание, вплоть до изгнания из общины. Но в связи с ослаблением традиционных правовых обычаев наказания были менее жестокими. Для нашего общества запрет на брак по седьмое колено остается священным. В современном казахском обществе все члены семьи должны хорошо знать свою родословную до седьмого колена. Несоблюдение традиций и незнание своей родословной порицается обществом, про таких говорят: не знающий своих семь поколений - невежда, а знающий будет заботиться не только о своей родословной, но и о судьбе семи стран.

3. Уплата калыма – выкупа за невесту. Размер калыма зависел от состоятельности и зажиточности родителей жениха. За богатую, красивую невесту платили калым, равный 47 головам скота, который распадался на 7 частей. Первая часть называлась «басы жаксы» и доходила до 9 голов скота. Последняя часть называлась «аягы жаксы» и равнялась верблюду, лошади и корове.

В мусульманском праве так же существует выкуп за невесту, который носит название махр.

Необходимо отметить, что еще совсем недавно калым и махр считались разными этапами развития социальных отношений. Эту точку зрения последовательно отстаивал советский этнограф Н. А. Кисляков[4]. По его мнению, калым представляет собой покупку невесты и соответствует эпохе разложения первобытно-общинного строя, а именно стадии господства патриархальной (большой) семьи. Маҳр представляет собой обеспечение (гарантии) жениха невесте в случае его смерти или развода не по ее вине и относится к эпохе классовых и частнособственнических отношений, а именно к стадии господства моногамной (малой) семьи. Маҳр стадиально приходит на смену калыму и является формой его вырождения.

Не соглашаясь с данной точкой зрения, отдельные авторы отмечают, что данное мнение имеет слабые стороны. Основным возражением против понимания калыма как покупки невесты, по их мнению, является тот факт, что у народов Средней Азии размеры калыма, т. е. всех подарков, которые сторона жениха передает стороне невесты, соответствуют размерам приданого, с которым невеста приходит в дом жениха. Как писали еще в конце XIX века супруги В. Наливкин и М. Наливкина, «получив калын, родители невесты обязуются соразмерно количеству последнего снабдить дочь при отправке ее к мужу»[5 с.202].

Не соглашаясь с первым мнением, мы отчасти не можем согласиться и со второй точкой зрения, поскольку нормами обычного права казахов институт приданого(жасау) подробно не регламентировался. Это означает, что отец в обязательном порядке должен был дать за дочерью только саукеле (головной убор невесты) и кибитку с личными вещами, независимо от размеров калыма. Поэтому говорить о том, что размеры приданого должны были соответствовать размерам калыма бессмысленно. Другое дело, что на практике зачастую отец старался соответствовать своим будущим родственникам. Практически об этом же говорит и Н.А. Кисляков: «...Нам представляется неправильным утверждение, что калым есть лишь компенсация приданого, его эквивалент, что в калыме и приданом мы имеем дело с двумя сторонами одного и того же явления. На самом же деле как калым, так и приданое представляют собой особые, самостоятельные институты, по-видимому, и возникшие на разных стадиях общественного развития, причем институт калыма возник раньше, институт приданого позже... И ничего нет удивительного в том, что на определенной какой-то стадии калым и приданое уравновешиваются»[6, с.151]. В подтверждение своих слов Н. А. Кисляков ссылался на факты вроде бы бесспорного существования калыма в форме платы за невесту у кочевых и полукочевых народов Средней Азии (куда входят казахи, киргизы, каракалпаки, туркмены), а также у горных таджиков. Любопытно, что при этом он сам приводил немало свидетельств, ставящих под сомнение бесспорность этих фактов[6, с.150,152,153]. Так, говоря о калыме у горных таджиков Дарваза, он мимоходом отмечает: «Калым иногда постепенно возвращается в дом новобрачных, т. к. его владелец, если любит дочь и зятя, тратится на подарки им, на внуков и т. п.»[6, с.152]. Или, например, у казахов: «О приданом... предъявлять претензии отцу не полагается. Правда, если разница между калымом и приданым окажется крайне велика, тогда зять рассказывает всем про такой дурной поступок тестя, стыдит, а подчас жалуется и старшинам — биям, а они заставляют тестя прибавить немногого»[4, с.71].

Противоположную позицию отстаивает этнограф Ф. Д. Люшкевич: «Следует, по возможности, разграничить стадиально обусловленные явления и сформировавшийся в этой конкретной

культуре этнопсихологический фонд»[7]. Исследовательница рассматривает калым как элемент «дарообмена» или «обмена долговыми обязательствами». Свадьба, как и любой другой вид пиршества в Средней Азии и Казахстане — это сложный социально-ритуальный процесс, который длится иногда несколько месяцев. Обязательной частью этого процесса является обмен сторон подарками и угощением. При этом, как справедливо пишет Ф. Д. Люшкевич о свадебных затратах, «характер расходов брачующихся сторон может быть учтен только в совокупности предсвадебных, свадебных и послесвадебных расходов и учета всех участников торжества»[8, с.65]. Это касается и всех остальных ритуалов[9, с.101, 106].

Юридические основы брака в адатном и шариатном праве близки, но не тождественны. Жена в «классической» исламской семье не входит в род мужа и теоретически обладает полной родовой автономией. Обратную ситуацию можно наблюдать в правовой системе кочевников — правами на женщину и ее приданое обладает не только муж, но и весь его род.

В отличие от адата в шариате существуют нормы, регулирующие взаимоотношения мужа и жены. В частности, к таковым относятся нормы, регулирующие благое отношение к женщине, послушание и верность мужу.

Дополнительным стимулирующим фактором для создания брака и семьи является существующий в мусульманском праве запрет на внебрачные половые отношения [1, с.261].

Как особую норму «Жеты-Жаргы» ввёл институт многожёнства. И если по шариату количество жён ограничивалось четырьмя, то по казахскому обычному праву количество жён не ограничивалось. Оно зависело от состоятельности, социального происхождения человека и т.д.

Основанием для многожёнства по обычному праву казахов являлось: отсутствие детей вообще или детей мужского пола.

Шариат разрешает многоженство, но так же устанавливает определенные требования, соблюдать которые возьмется только человек, действительно нуждающийся в полигамном браке и отличающийся имущественной состоятельностью. Предоставляя право на многоженство Коран устанавливает жесткое требование - справедливость ко всем женам. В частности это правило звучит следующим образом: "...Женитесь на тех, кто приятны Вам, женщинах - и двух, и трех, и четырех. А если боитесь, что не будете справедливы - то на одной..." [10].

Нормы шариата предусматривали четыре вида развода: хуль, фасх, лиан и талак. Наиболее распространенным у казахов, как и у многих других мусульманских народов, считался талак.

Казахским обычным правом допускалось расторжение брака. Развод по одностороннему желанию мужа назывался «талак». Если муж разводился вследствие неверности жены или её непочтительности, то в этом случае муж отправлял жену к её родителям «снабдив лошадью и частью приданного». Если муж решил развестись с женой без её вины, то должен был отпустить её вместе с детьми и приданым.

Развод по инициативе жены допускался в двух исключительных случаях:

- 1) при явной неспособности мужа осуществлять свои супружеские обязанности;
- 2) при систематических побоях и истязаниях со стороны мужа. В этом случае жена должна была трижды обратиться в суд аксакалов.

На наш взгляд, наличие в обычном праве казахов такого института как "талак" свидетельствует об определенном влиянии шариата на традиции и обычай казахов, хотя, справедливости ради, уместно было бы отметить, что "из всего дозволенного самый противный для Аллаха поступок - это развод" [11, с. 175 ].

Ислам разрешает развод, поскольку должна существовать правовая гарантия возможности расторгнуть неудавшийся союз. Одновременно ислам прилагает все усилия религиозного воздействия для того, чтобы удержать людей от этого шага. В соответствии с исламом к разводу должны прибегать те супруги, для которых это единственный выход. В связи с этим существует значительное количество текстов, препятствующих разводу. Сюда в первую очередь можно отнести аяты Корана и хадисы, оказывающие влияние в этом вопросе на мужчин и женщин. Воздействие на мужчин состоит в предписании удерживать жен даже если они им не по душе: "Благопристойно с ними обходитесь. И если они Вам не по душе, возможно, эта неприязнь как раз есть то, во что Аллах вложил (для Вас) большое благо" [12]. Если же говорить о воздействии на

жен, то в одном из хадисов сказано: "Какая бы женщина ни потребовала от своего мужа развод без серьезных на то оснований, для нее станет запретным благоухание Рая" [13, с. 118].

Таким образом, со всей очевидностью можем сказать, что из всех сфер жизни казахов наибольшее влияние норм шариата испытalo на себе семейно-брачное право казахов.

#### **ЛИТЕРАТУРА**

- [1] Магомедов И.А. Особенности мусульманского семейного права // Вестник ОГУ - №3 - 2005. - С. 258 - 262
- [2] Фукс С.Л. Обычное право казахов в XVIII- первой половине XIX века. - Алма-Ата, 1981. - 224 с.
- [3] Узбекулы С. Хан Тауке и правовой памятник «Жеты-Жаргы». - Алматы, 1998. – 88 с.
- [4] Кисляков Н. А. очерки по истории семьи и брака у народов Средней Азии и Казахстана. - Л., 1969
- [5] Наливкин В., Наливкина М. очерк быта женщины оседлого туземного населения Ферганы. - Казань, 1886.
- [6] Кисляков Н. А. Семья и брак у таджиков (по материалам конца XIX — начала XX века). - М. - Л., 1959
- [7] Люшкевич Ф. Д. О значении термина «кальым» у народов Средней Азии // Краткое содержание докладов среднеазиатско-кавказских чтений: Вопросы этносоциальной и культурной истории Средней Азии и Кавказа. - Л., 1983.
- [8] Люшкевич Ф. Д. Традиции межсемейных связей узбекско-таджикского населения Средней Азии (к проблеме бытования «кальмы» и других патриархальных обычаев) // Советская этнография. - №4 - 1989.
- [9] Абашин С. Н. Вопреки «здравому смыслу»? (К вопросу о «рациональности/ иррациональности» ритуальных расходов в Средней Азии) // Вестник Евразии. - №1 - 2 - 1999 - С. 101 - 109.
- [10] Коран: сура 4, аят 3
- [11] Сайд Муджтаба Рукни Мусави Лари Западная цивилизация глазами мусульманина - Баку, 1994
- [12] Коран: сура 4, аят 19
- [13] Юсуф аль Кардави Современные фатвы - Бейрут, 2000 - Т.1

#### **REFERENCES**

- [1] 1 Magomedov I.A. Features of the Muslim family law // Herald OSU - №3 - 2005. - p. 258 – 262. (in Russ.).
- [2] 2 Fuks S.L. The customary law of the Kazakhs in XVIII- the first half of the XIX centuries. - Alma-Ata, 1981. - 224 p. (in Russ.).
- [3] 3 Uzbekuly S. Khan Tauke and legal monument "Jeti-Zhargy". - Almaty, 1998. – 88 p. (in Russ.).
- [4] 4 Kislyakov N.A. Essays on the history of marriage and family of the peoples of Central Asia and Kazakhstan. - L., 1969. (in Russ.).
- [5] 5 Nalivkin V., Nalivkina M. Essay on welfare, women settled native population of Fergana. - Kazan', 1886. (in Russ.).
- [6] 6 Kislyakov N. A. Family and marriage Tajiks (based on the late XIX - early XX centuries). - M. - L., 1959. (in Russ.).
- [7] 7 Lyushkevich F.D. The significance of the term "bride price" of the peoples of Central Asia // Summary reports of the Central Asian-Caucasian readings: Questions ethno and cultural history of Central Asia and the Caucasus. - L., 1983. (in Russ.).
- [8] 8 Lyushkevich F.D. The traditions of inter-family relations of the Uzbek-Tajik population of Central Asia (to the problem of existence of "bride price" and other patriarchal customs) // Soviet Ethnography. - №4 - 1989. (in Russ.).
- [9] 9 Abashin S. N. Contrary to the "common sense"? (On the question of "rationality / irrationality" ritual costs in Central Asia) // Bulletin of Eurasia. - №1 - 2 - 1999 - p. 101-109. (in Russ.).
- [10] 10 Koran: sura 4, ajat 3
- [11] 11 Sajid Mudzhtaba Rukni Musavi Lari. Western civilization through the eyes of a Muslim - Baku, 1994
- [12] 12 Koran: sura 4, ajat 19
- [13] 13 Jusuf al' Kardavi. Modern fatwas - Bejrut, 2000 - V.1

*Поступила 15.07.2015 г.*