

К ВОПРОСУ О СПРАВЕДЛИВОМ ВОДОДЕЛЕНИИ, ИЛИ ОБ ОДНОЙ ЗАМЕЧАТЕЛЬНОЙ НОРМЕ МУСУЛЬМАНСКОГО ВОДНОГО ПРАВА

Вместо введения

Понятие «справедливость» является одной из ключевых категорий этики, определяет, наряду с рядом других категорий этики (ответственность и др.), содержание различных систем права в целом, идея и критерии справедливости лежат в основе построения правовых, политических и других социальных институтов общества¹.

Справедливость, как политико-правовой институт, имеет «регулятивную функцию, поскольку содержит в себе требование соответствия между должным и фактическим положением...», и игнорирование справедливости «нарушает механизм согласования индивидуальных и групповых интересов в любом типе общества»².

В юридической практике и теории понятие «институт» используется, в первую очередь, для характеристики определенного набора правил, регулирующих взаимоотношения членов различных социальных групп³:

- Любой институт – экономический, социальный, культурный – есть правило игры в обществе, дополненное механизмом принуждения к его исполнению.
- Институт – "устойчивый комплекс формальных и неформальных правил, принципов, установок, регулирующих различные сферы человеческой деятельности и организующих их в систему ролей и статусов ...";
- «В большинстве своем институты существуют отдельно от конкретных индивидов, представляя собой правила игры...»;

В то же время, различают институты-субъекты («игроки») – различные организационные формы объединения людей (учреждения, ассоциации и др.)⁴:

- Социальные институты являются системами учреждений ...;

¹ Справедливость / 25.03.2012 // <http://ethicscenter.ru/spravedlivost.html>

² МЕНЯЙЛО, Л. Н. Институт справедливости в контексте политической трансформации российской государственности... / Автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук - Ростов-на-Дону, 2002 - 23 с. // <http://law.edu.ru/book/book.asp?bookID=114528>

³ 1. Понятие института // http://www.econline.edu.ru/textbook/Glava_2_Ekonomi4esko/2_5_Institut/PonRtie_instituta; 2. Современная западная социология // <http://www.xserver.ru/user/sozin/>; 3. Как соотносятся понятия институт и организация? // http://www.econline.edu.ru/textbook/Glava_2_Ekonomi4esko...

⁴ 1. ЩЕПАНЬСКИЙ Я. Элементарные понятия социологии – М.: 1969; 2. КУЗЬМИНОВ Я.И., БЕНДУКИДЗЕ К.А., ЮДКЕВИЧ М.М. Электронный учебник: «Курс институциональной экономики: институты, сети, транзакционные издержки, контракты» – Москва, Высшая школа экономики, 2007 // <http://www.econline.edu.ru/books>; 3. КОРЖЕВСКАЯ Н. Социальный институт как общественное явление (социологический аспект) – Свердловск, 1983

- Если институты - это правила игры, то отдельные организации - это игроки, взаимодействующие в рамках данных правил;
- Социальный институт представляет собой общность людей, выполняющих определенные роли....

Под неформальными институтами, как правило, понимают принятые в обиходе определенной социальной группы условности и этические нормы поведения.

В свою очередь, эти нормы поведения также делятся на формальные (закрепленные в нормах права) и неформальные (традиции, обычаи и т.п.).

Под формальными институтами понимаются обязательные правила, созданные государством и поддерживаемые им, в ряде случаев – силой принуждения.

В рассматриваемом нами случае формальным институтом является в целом действовавшее на территории бывшего Туркестана (нынешней постсоветской Центральной Азии) мусульманское водное право (МСВП), хотя внутри него само «справедливое водodelение» можно рассматривать как отдельный институт.

Мусульманское право на территории Центральной Азии

В доисламский период на территории современной Центральной Азии развитие права происходило при ведущей роли зороастризма и существенном влиянии на него других религиозно-правовых и философских учений. Выработанные в этот период социально-правовые нормы оказали влияние и на нормы мусульманского права (МСП)⁵.

До X века МСП развивалось на основе толкований богословами Корана и Сунны (предания о поступках и высказываниях Пророка Мухаммеда, отраженные в хадисах); к источникам и составным частям шариата относят также адат – обычное право арабов.

По мнению ведущих специалистов-правоведов, в X веке, после проведения титанической работы по кодификации МСП, развитие традиционного шариата прекратилось, и «в точном смысле... под мусульманским правом понимаются те положения и принципы, которые были сформулированы в VII-X столетиях»⁶.

Распространение ислама в зонах аридного климата, обусловило, в частности, и специфику МСП. Так как искусственное орошение было под силу общине, рождаются институты общественной (общинной) и частной собственности на землю.

В МСП в содержание права собственности входило и право извлечения доходов наряду с правами владения, пользования и распоряжения.

Так, МСП признает три «основные категории собственности на землю (а вместе с тем – на воду и ирригационные сооружения)»: государственную, вакуфную и частную.

Понятие «собственность» подразумевало как материальные объекты, так и различные права (так, на долю воды в канале), которые тоже могли покупаться и продаваться.

⁵ Здесь и далее использованы в целом материалы: РЫСБЕКОВ Ю.Х. Учебные материалы к дистанционному курсу «Политические и правовые аспекты управления водными ресурсами в Центральной Азии и основные пути его совершенствования» (2015) / Модуль 2 / Урок 5: Национальное водное право в странах Центральной Азии – 113 с. // Публикации Тренинг Центра МКВК Центральной Азии // http://www.cawater-info.net/library/rus/tc/module_2_theme_2_lesson_5.pdf

⁶ Рахманов А.Р. Мусульманское право: вакуфная собственность.- Т.: ГНИ "УМЭ", 2001

Большинство норм МСП являются императивными, что обусловлено его общественным характером и ориентацией на удовлетворение общих интересов.

После колонизации Туркестана Российской Империей, для подготовки проекта Положения об управлении регионом в 1865 г. была создана так называемая Степная Комиссия, итогом ее работы стало Временное положение об управлении регионом (Туркестаном) царской властью (1867 г.), сроком на три года.

В конце 1869 г. была создана Специальная Комиссия с целью выяснения “юридические права здешнего населения на занимаемые земли, и практическое применение письменного мусульманского права к бытовым условиям населения”⁷.

В 1873 г. был подготовлен проект нового “Положения”, в котором содержались статьи по вопросам прав на землю, отсутствовавших во “Временном положении”.

Позже, вследствие неудовлетворительного отражения в «Положении» норм, касающихся земельного законодательства, была создана Комиссия при Министерстве внутренних дел (1885 г.), которое к 1886 г. представила «Положение об управлении Туркестанского края». В новом «Положении...» были отражены, кроме других вопросов, и вопросы собственности на воду и землю, и в целом за основу регулирования водно-земельных отношений были приняты местные обычаи.

В Туркестане на протяжении столетий главными арыками (ручьями, каналами) заведовали арык-аксакалы (старосты), а их притоками и отводами - мирабы.

Арык-аксакалы и мирабы выбирались населением кишлака и отчитывались перед ним.

После колонизации Туркестана администрации крупных образований, впоследствии – волостей, имели должность мираб-баши, ему подчинялись арык-аксакалы.

Эта система управления водой сохранялась до начала 1920-х гг.

Выдержки из «Положения об управлении Туркестанского края» в части, касающейся регулирования водно-земельных отношений⁸:

- 1) «74. Сельское общество (аксакальство) составляется из одного или нескольких мелких... селений или выселков, ..., имеющих общие хозяйственные выгоды по пользованию землей и оросительными каналами (арыками)».
- 2) «256. Воды в главных арыках, ручьях, реках и озерах предоставляются населению в пользование, по обычаю».
- 3) «277. По взаимному соглашению обществ, в местах удобных, ..., отводятся особые участки для желающих заниматься хлебопашеством и сенокошением. Распределение участков между хлебопашцами предоставляется по добровольному соглашению их между собой по обычаям».

Согласно мнению профессора А.Шмидта – русского и советского арабиста – востоковеда, одного из организаторов Туркестанского Университета (Ташкент)⁹:

⁷ Царская администрация в Туркестанском крае // <http://turkestan.ucoz.ru/index/0-59>

⁸ 1. Свод Законов Российской Империи. 1886 Июн.12 (3814) Положение об управлении Туркестанского края (извлечения) // <http://www.e-samarkand.narod.ru/Polojenie1886.htm>; 2. Положение об управлении Туркестанского края. Издание 1892 года... // <http://www.hrono.ru/dokum/turkestan1892.html>

⁹ 1. Шмидт А.Э. (1871-1939) Свод постановлений мусульманского права (шариата) о водопользовании и землепользовании // Вестник ирригации (Ташкент). 1924. № 9, с. 60-84 // <http://memory.pvost.org/pages/shmidt.html>; 2. Свод постановлений мусульманского права (Шариата) о водопользовании и землепользовании... // http://www.cawater-info.net/bk/water_law/pdf/shariat_rus.pdf

- «... русское правительство, незнакомое с местными условиями, поневоле предоставило, на первое время, управление внутренними распорядками по всем делам, не имеющим политического значения, выборным туземного населения и оставило в силе обычаи и местный писанный закон – шариат».

Это обстоятельство касалось, в первую очередь, управления земельными и водными ресурсами, в рамках общего управления Туркестанским краем.

В 1877 г. командующий войсками Туркестанского военного округа К.П.Кауфман вводит временные правила по ирригации. По мнению проф. А.Шмидта¹⁰:

- Эти правила не отвечали «практическим потребностям, что явилось естественным следствием незнакомства русских с новым для них делом и с особенностями законодательства мусульманского населения»;
- «Что касается существа дела, то опубликование этих постановлений (мусульманского права о водопользовании и землепользовании – Ю.Р.) ...дает возможность... знакомиться с постановлениями Шариата как раз по тем вопросам, которые так важны здесь..., и в которых Шариат, несомненно, оказал сильное влияние и на установившиеся в течение веков нормы обычного права»;
- «...у администрации...мы не видим серьезных попыток изучения обычного водного права и урегулирования водопользования до самой революции»;

Таким образом, в период русской колонизации, в Туркестане продолжали действовать нормы МСП во многих сферах, в том числе – в сфере земельных и водных отношений.

Основные положения мусульманского водного права

Ниже приводится ряд действовавших в период колонизации Туркестана Россией нормативных положений мусульманского водного права (МСВП), точнее – водно-земельного права, так как в абсолютном большинстве случаев водные и земельные отношения в МСВП были тесно взаимосвязаны:

- 1) 24. Старые русла Тигра и Евфрата, к которым эти реки могут со временем вернуться, не должны быть возделываемы, так как они понадобятся, когда вновь превратятся в реки.
- 2) 31. Если кто-либо, возделывающий мертвую землю, желает провести к ней арык из большой реки для орошения, то он имеет на то право при отсутствии от того вреда для большинства населения.
- 3) 32. Каждый, будет ли то мусульманин или не мусульманин, имеет право запретить проведение к чужой земле арыка, если вследствие сего будет нанесен вред большинству населения....
- 4) 33. Всякий имеет право устроить на большой реке мельницу, если этим не будет нанесен вред большинству населения.
- 5) 34. Если вода находится в частном пользовании какого-либо лица, то посторонним принадлежит право пользоваться ею для питья и водопоя.

¹⁰ Свод постановлений мусульманского права (Шариата) о водопользовании и землепользовании (Из архивных материалов бывшего Управления ирригационных работ в Туркестане "Иртур", Журнал "Вестник ирригации", 1924, № 9) // http://www.cawater-info.net/bk/water_law/pdf/shariat_rus.pdf

Правила 31-34 отражают отмеченную выше приоритетность удовлетворения общих (большинства) интересов над интересами частными.

- 6) 60. Если владелец верхней части реки может пользоваться водой только при условии закрытия шлюза, то он имеет право закрывать последний только в срок своей очереди с согласия остальных совладельцев.
- 7) 61. Если произойдет соглашение между совладельцами реки относительно очереди закрытия шлюзов на реке, то таковое считается действительным.
- 8) 64. Никто из совладельцев реки не имеет права проводить к себе арык из нее, а также ставить на ней мельницу без согласия остальных владельцев...
- 9) 67. Если распределение воды происходит посредством шлюзов, то запрещается как увеличение таковых, так и перемещение вверх по течению.
- 10) 69. Если распределение воды было произведено посредством шлюзов, ...старое распределение должно оставаться в силе.
- 11) 70. Если каждый из совладельцев частной реки имеет право на известное число шлюзов, то никто из них не может прибавить ни одного шлюза....
- 12) 72. Если кто-либо имеет право пользоваться известным количеством воды в разное время, то он не может собрать всю воду в одно время иначе, как с согласия остальных совладельцев.
- 13) 74. Если один из двух совладельцев частной реки, имеющий землю выше по реке, пожелает закрыть некоторые общие для обоих владельцев шлюзы ради ограждения своей земли от разлива, то он не имеет на это права....

Как видно, вопросам регулирования речного стока посредством шлюзов МСВП и иным инженерным устройствам (так, мельницы) в русле реки придается большое значение, так как шлюзы изменяют режим стока – в первую очередь – в количественном измерении, и их строительство и эксплуатация строго регламентированы. При этом имеют место как прямые запреты на определенные действия (п.67, п.70, п.74), так и возможность их совершения по соглашению заинтересованных сторон.

Применимость положений мусульманского водного права

Как на практике можно бы учесть основные положения МСВП для совершенствования системы управления водными ресурсами (УВР)?

Видимо, нормы МСВП, способствующие улучшению УВР и отвечающие современным подходам, не противоречащие действующему законодательству, достойны, как минимум, рассмотрения. Творческому отношению подлежат в мусульманском водно-земельном праве понятия «большая река», «река частная», «воды больших рек» и др., т.к. за последний век картина водных отношений резко изменилась.

В то же время, постановления МСВП о запрещении изменения количества шлюзов и их перемещении вверх по течению, определение потребности в воде пропорционально размеру орошаемых земель, изменение порядка водопользования по согласию, ряд других нормативных положений заслуживают пристального внимания.

Но есть замечательная норма в МСВП, которая, как представляется, могла бы быть внедрена, особенно - как на национальном и местном уровне.

Эта норма касается приоритетности обеспечения водой нижерасположенных (по речной или ирригационной системе) водопользователей (п. 62 Свода постановлений мусульманского права (Шариата) о водопользовании и землепользовании):

- Если кто-либо из владельцев не может пользоваться рекой иначе, как, заградив её, и совладельцы придут между собою к соглашению, то очередь орошения должна начаться с нижней части реки и идти вверх....

Эту норму МСВП можно бы принять как один из основных принципов управления водой в целях орошения в странах Центральной Азии, что в значительной степени способствовало бы укреплению дисциплины водопользования и справедливости водodelения по всей длине речной или ирригационной системы.

Представляется, что включение положения МСВП о первоочередном удовлетворении нужд нижерасположенных водопользователей в водное законодательство стран Центральной Азии позволит улучшить водохозяйственную ситуацию в низовьях ирригационных систем и других водотоков, где водопользователи недополучают утвержденные лимиты на воду. Как правило, эта несправедливость искусственна и имеет место на всех уровнях УВР, включая межгосударственный уровень.

Имеющие место перебор лимитов на воду в верхней части водных систем, и как следствие, в ряде случаев - бесхозяйственное использование водных ресурсов и злоупотребления в их учете могут быть сведены к минимуму, если решить правовые, экономические, организационные механизмы внедрения этого принципа МСВП в практику водных отношений на национальном уровне.

В частности, впервые в Центральной Азии норма о первоочередном удовлетворении нужд нижерасположенных водопользователей нашла отражение в Водном Кодексе Республики Казахстан (от 1993 г.)¹¹:

- "При предоставлении вод нескольким пользователям, в первую очередь удовлетворяются интересы нижерасположенных водопользователей" (ст. 30 Совместное водопользование).

Это положение было подтверждено в Водном Кодексе Казахстана от 2003 г.¹²:

- "...2. При использовании водных объектов совместного пользования в первую очередь удовлетворяются интересы нижерасположенных по водотоку водопользователей" (ст.17 Водные объекты совместного пользования).

Следует отметить, что и законодатели Туркменистана сочли нужным включить это положение в Кодекс «О воде» от 2004 г.¹³:

- «При предоставлении водных объектов нескольким водопользователям учитываются интересы тех, кто расположен в низовьях рек и каналов» (ст.21 Первоочередное предоставление водных объектов для питьевых и бытовых нужд населения).

В то же время, в Кодексе «О воде» норма упоминается в контексте «питьевых и бытовых нужд населения», которые являются несомненным приоритетом в водном законодательстве всех стран Центральной Азии, как во всем мире в целом.

¹¹ Водный Кодекс Республики Казахстан от 31.03.1993 г.

¹² Водный Кодекс Республики Казахстан от 09 июля 2003 г. (по состоянию на 2014 г.)

¹³ Кодекс Туркменистана "О воде" (01.11.2004 г.)

Принцип первоочередного удовлетворения интересов нижерасположенных водопользователей, при отсутствии данного положения в водном законодательстве, можно закрепить в соответствующих Договорах о поставке воды (так, между Управлением ирригационной системы (УИС) или другим поставщиком и Ассоциациями водопользователей и (АВП), АВП и фермерскими хозяйствами и т.д.), что не противоречит законодательству (Закон не запрещает это).

Так, при отсутствии данного положения МСВП в Законе Республики Узбекистан «О воде и водопользовании» (1993г), оно нашло отражение в Договоре о водоснабжении и водопользовании между ИСФАЙРАМ-ШАХИМАРДАНСКИМ УИС и АВП "АКБАРАБАД". В частности, в п.4 части I ДОГОВОРА подчеркнуто, что¹⁴:

- УИС устанавливает порядок, при котором распределение воды начинается с нижней части ирригационной системы.

В данном конкретном случае использован один из основополагающих принципов гражданского права – принцип свободы договора в части его условий, которые определяются по усмотрению сторон, кроме случаев, когда содержание условия предписано законом или иными нормативно-правовыми актами.

В рассмотренной норме МСВП (...то очередь орошения должна начаться с нижней части реки и идти вверх») заключен глубокий смысл, в контексте становления и развития института справедливого водodelения через внедрение в практику УВР для целей орошения философской парадигмы "мы все живем ниже по течению"¹⁵.

Использованные источники:

1. (А) Водный Кодекс Республики Казахстан от 09 июля 2003 г. (по состоянию на 2014 г.)
2. (А) Водный Кодекс Республики Казахстан от 31.03.1993 г.
3. (А) Кодекс Туркменистана "О воде" (01.11.2004 г.)
4. (А) Положение об управлении Туркестанского края. Издание 1892 года... // <http://www.hrono.ru/dokum/turkestan1892.html>
5. (А) Свод Законов Российской Империи. 1886 Июн.12 (3814) Положение об управлении Туркестанского края (извлечения) // <http://www.e-samarkand.narod.ru/Polojenie1886.htm>
6. (А) Свод постановлений мусульманского права (Шариата) о водопользовании и землепользовании... // http://www.cawater-info.net/bk/water_law/pdf/shariat_rus.pdf
7. (А) Шмидт А.Э. (1871-1939) Свод постановлений мусульманского права (шариата) о водопользовании и землепользовании // Вестник ирригации (Ташкент). 1924. № 9, с. 60-84 // <http://memory.pvost.org/pages/shmidt.html>
8. ДОГОВОР о водоснабжении и водопользовании от 01.10.2007 г. между ИСФАЙРАМ-ШАХИМАРДАНСКИМ УИС и АВП "АКБАРАБАД"
9. ДУХОВНЫЙ В.А. Трансграничные водные ресурсы и подходы к их решениям с позиции водного права. // Отдельный оттиск - Т.: НИЦ МКВК, 2000 – с.11

¹⁴ ДОГОВОР о водоснабжении и водопользовании от 01.10.2007 г. между ИСФАЙРАМ-ШАХИМАРДАНСКИМ УИС ("Поставщик") и АВП "АКБАРАБАД" ("Потребитель")

¹⁵ ДУХОВНЫЙ В.А. Трансграничные водные ресурсы и подходы к их решениям с позиции водного права. // Отдельный оттиск - Т.: НИЦ МКВК, 2000 – с.11

10. Как соотносятся понятия институт и организация? || http://www.econline.edu.ru/textbook/Glava_2_Ekonomi4esko...
11. КОРЖЕВСКАЯ Н. Социальный институт как общественное явление (социологический аспект) – Свердловск, 1983
12. КУЗЬМИНОВ Я.И., БЕНДУКИДЗЕ К.А., ЮДКЕВИЧ М.М. Электронный учебник: «Курс институциональной экономики: институты, сети, транзакционные издержки, контракты» – Москва, Высшая школа экономики, 2007 // <http://www.econline.edu.ru/books>
13. МЕНЯЙЛО, Л. Н. Институт справедливости в контексте политической трансформации российской государственности... / Автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук - Ростов-на-Дону, 2002 - 23 с. // <http://law.edu.ru/book/book.asp?bookID=114528>
14. Понятие института // http://www.econline.edu.ru/textbook/Glava_2_Ekonomi4esko/2_5_Instituty/PonRtie_instituta
15. Рахманов А.Р. Мусульманское право: вакуфная собственность.- Т.: ГНИ "УМЭ", 2001
16. РЫСБЕКОВ Ю.Х. Учебные материалы к дистанционному курсу «Политические и правовые аспекты управления водными ресурсами в Центральной Азии и основные пути его совершенствования» (2015) / Модуль 2 / Урок 5: Национальное водное право в странах Центральной Азии – 113 с. // Публикации Тренинг Центра МКВК Центральной Азии // http://www.cawater-info.net/library/rus/tc/module_2_theme_2_lesson_5.pdf
17. Современная западная социология || <http://www.xserver.ru/user/sozin/>
18. Справедливость / 25.03.2012 // <http://ethicscenter.ru/spravedlivost.html>
19. ЩЕПАНЬСКИЙ Я. Элементарные понятия социологии – М.: 1969
20. Царская администрация в Туркестанском крае // <http://turkestan.ucoz.ru/index/0-59>