
Ислам и международное гуманитарное право: от столкновения – к диалогу цивилизаций

Джеймс Кокейн

О современном мире все чаще говорят, что он охвачен «конфликтом цивилизаций», имея в виду в особенности конфликт между западной культурой и исламской¹, в связи с чем усиливается опасность утраты международным гуманитарным правом его универсального характера. Какую роль может сыграть МГП, продукт европейской цивилизации, в регулировании отношений *между* цивилизациями?

В прошлом некоторые ученые искали решение этой проблемы в попытках доказать, что основные принципы гуманитарного права разделяют и неевропейские цивилизации, сравнивая, например, исламские традиции, обычаи и законы войны с МГП². За немногими исключениями³, подобные сравнительные исследования имеют два недостатка. Во-первых, они склонны представлять обе

Джеймс Кокейн – бакалавр гуманитарных наук (диплом с отличием), бакалавр права (Сиднейский университет, диплом с отличием), старший сотрудник по правовым вопросам Отделения международных преступлений Генеральной прокуратуры Австралии. Автор благодарит д-ра К. Ролофсена из Утрехтского университета за его энтузиазм и обширные познания, способствовавшие появлению данного исследования.

правовые традиции (исламскую и западную) в виде неподвижных, цельных структур. На самом деле обе являются сложными правовыми традициями, динамичными (изменяющимися с течением времени) и неоднородными (состоящими из различных под-традиций)⁴.

1 См., например, Samuel P. Huntington, «The clash of civilizations?», *Foreign Affairs*, Vol. 72, No. 3, Summer 1993, p. 22. А также Leon T. Hadar, «What green peril?», *Foreign Affairs*, Vol. 72, No. 2, Spring 1993, p. 27, и Judith Miller, «The challenge of radical Islam», *Foreign Affairs*, Vol. 72, No. 2, Spring 1993, p. 43.

2 См., например, М.К. Ereksoussi, «Le Coran et les Conventions humanitaires», *Revue internationale de la Croix-Rouge*, No. 503, November 1960, pp. 641–650; Sobhi Mahmassani, «The principles of international law in the light of Islamic doctrine», *Recueil des cours*, 1966-I, p. 201; R.C. Algase, «Protection of civilian lives in warfare: A comparison between Islamic law and modern international law concerning the conduct of hostilities», *Military Law and Law of War Review*, 1977, p. 246; Yadh ben Achour, «Islam et droit international humanitaire», *Revue internationale de la Croix-Rouge*, No. 722, March-April 1980, p. 59; Hamid Sultan, «La conception islamique» in *Les dimensions internationales du droit humanitaire*, Pedone, UNESCO, Paris, and Institute Henry Dunant, Geneva, 1986, pp. 47–60; Said El-Dakkak, «Le droit international humanitaire entre la conception islamique et le droit international positif», *Revue internationale de la Croix-Rouge*, No. 782, March-April 1990, p. 111; J. Busuttill, «Slay them wherever you find them»: Humanitarian law in Islam», *Revue de droit militaire et de droit de la guerre*, Vol. 30, 1991, pp. 111–145; Mohammed Bedjaoui, «The Gulf War of 1980–1988 and the Islamic conception of international law» in Ige F. Dekker and Harry H.G. Post (eds), *The Gulf War of 1980–1988*, T.M.C. Asser Institute, The Hague, 1992, p. 282; Farhad Malekian, *The Concept of*

Islamic International Criminal Law: A Comparative Study, Kluwer Academic, Norwell, MA, 1994; K. Bennoune, «As-Salamu «Alaykum? Humanitarian law in Islamic jurisprudence», *Massachusetts Journal of IL*, 1994, pp. 605–643; Ameur Zemmal, *Combattants et prisonniers de guerre en droit islamique et en droit international humanitaire*, Éditions A. Pedone, Paris, 1997. Другие полезные описания классической исламской доктрины ведения войны можно найти в Majid Khadduri, *The Islamic Law of Nations, Shaybani's Siyar*, The John Hopkins Press, Baltimore, 1966; Majid Khadduri, *War and Peace in the Law of Islam*, Johns Hopkins University Press, Baltimore, 1984; James Turner Johnson and John Kelsay (eds), *Cross, Crescent and Sword: The Justification and Limitation of War in Western and Islamic Tradition*, Greenwood Press, Westport, CT, 1990; Edward J. Jurji, «The Islamic theory of war», *Moslem World*, Vol. 30, 1940, pp. 332–342; R. Peters (trans. and annot.), *Jihad in Mediaeval and Modern Islam: The chapter on jihad from Averroes' Legal Handbook «Bidayat al Mudjtahid» and the Treatise «Koran and Fighting» by the late Shaykh Al-Azhar, Mahmud Shaltut*, E.J. Brill, Leiden, 1977; и G. Conrad, «Combat and prisoners of war in classical Islamic law: concepts formulated by Hanafi jurists of the 12th century», *Revue de droit militaire et de droit de la guerre*, 1981, pp. 269–307.

3 В частности Bedjaoui, *op. cit.* (примечание 2).

4 О понятии правовых традиций см., в частности, Н. Patrick Glenn, *Legal Traditions of the World*, Oxford University Press, Oxford, 2000.

Во-вторых, подобные исследования склонны к проявлению ориентализма⁵, принимая западную систему за критерий оценки соответствия «иной» — восточной исламской — системы⁶.

В настоящей работе делается попытка ввести в эту дискуссию исторический элемент. В ней предполагается, что происходящее сейчас взаимодействие между исламской и западной цивилизациями сыграло важную роль в формировании гуманитарного права, каким мы знаем его сегодня. Рассматривая это взаимодействие в историческом плане, мы стремимся к такому пониманию гуманитарного права, которое примирило бы разные «цивилизации». Такой исторический подход также помогает избежать ошибок, свойственных подходу сравнительного анализа: он помогает выявить изменения в под-традициях и не позволяет нам предположить, что одна из систем лучше, чем другая.

Передовое влияние ислама на европейские законы и обычаи войны началось еще во время крестовых походов⁷. Читая курс лекций в Гаагской академии международного права, барон де Таубе предположил, что современное международное публичное право объявления войны происходит по прямой линии от исламской доктрины, перешедшей в рыцарские кодексы чести во время крестовых походов, а затем через христианскую церковь — в современное право войны⁸. Кристофер Вирамантри также рассмотрел

⁵ О концепции ориентализма см. Edward Said, *Orientalism*, Penguin Books, Harmondsworth, 1978.

⁶ См. ben Achour, *op. cit.* (примечание 2), p. 59.

⁷ См., например, Marcel Boisard, «On the probable influence of Islam on western public and international law», *International Journal of Middle East Studies*, Vol. 11, 1980, pp. 429–50.

⁸ Baron Michel de Taube, «Études sur la développement historique du droit international dans l'Europe orientale» in *Recueil des*

Cours, 1926-I, p. 341, pp. 393–394. См. также Гаагскую конвенцию об открытии военных действий от 18 октября 1907 г., 36 stat. 2259, 2271 (pt. 2) TS No. 538, 1 Bevans 619. Саид Эль-Даккак, напротив, утверждает, что «исламская концепция не ставит в качестве условия наличие войны в традиционном понимании этого слова, то есть в соответствии с концепцией, согласно которой, помимо наличия военных действий, требуется объявление войны между двумя или несколькими сторонами». См. El-Dakkak, *op. cit.* (примечание 2), p. 112.

свидетельства влияния исламской доктрины на выводы Гуго Гроция о праве боевых действий⁹.

Однако мало кто анализировал роль ислама в формировании современного европейского права войны и его детища — международного гуманитарного права. В настоящей работе делается попытка заполнить этот пробел, рассмотрев влияние ислама на МГП с момента признания Османской империи суверенным государством в рамках европейской системы государств. Этот момент, как обычно принято считать, совпадает с ее присоединением к Парижскому договору в 1856 г.¹⁰

Данное исследование неизбежно ограничено в двух важных аспектах. Во-первых, оно лишь обрисовывает в общих чертах историческое взаимодействие ислама и международного гуманитарного права. Во-вторых, в нем в основном идет речь о военных действиях, а не об их причинах — о *jus in bello*, а не о *jus ad bellum*.

1856–1899 гг.: «иная» система ислама и появление международного гуманитарного права

Обычно — и неправильно — считается, что ислам и мусульмане сыграли незначительную роль в развитии международного гуманитарного права на ранних этапах. С того момента как Османская империя вошла в 1856 г. в правовую систему европейских государств и до первой Гаагской мирной конференции в 1899 г., мусульмане принимали лишь небольшое участие в быстром развитии публичного международного права ведения войны. При ближайшем рассмотрении их роль оказывается весьма важной в деле приобретения европейским правом войны международного и гуманитарного характера. Как покажет данный раздел исследования, сначала ислам представлял собой «иную» систему, с которой критически сравнивалось возникающее современное право войны. Однако, учитывая универсалистские и гуманистические тенденции этого

⁹ Christopher G. Weeramantry, *Islamic Jurisprudence: An International Perspective*, Macmillan, Houndmills, 1988, pp. 149–158.

¹⁰ Декларация о морской войне, Париж, 16 апреля 1856 г.

права, оно обязано было удовлетворять требованиям различных культурно-правовых систем и, соответственно, отбросить свои христианские корни. Таким образом, ислам подсказал светскую, универсальную формулировку определения международного гуманитарного права.

МГП, каким мы его знаем сейчас, сильно отличается от европейского права войны, каким оно было в 1856 г., наследия права наций *res publica christiana*, неотъемлемо связанного с понятием общей панъевропейской христианской культуры¹¹. До 1856 г. европейское международное право войны относилось к тем, кто не входил в систему европейских государств, в частности, к американским индейцам и мусульманам, как к пассивным объектам права, а не как к активным субъектам права. Примером меньшей защиты, предоставляемой мусульманам, может служить доктрина крестовых походов в рамках *jus ad bellum*, которая узаконивала войну против ислама как «справедливую войну», проявление божественного неодобрения¹². Гуманистические тенденции раннего европейского Возрождения начали исправлять эту асимметрию. Виттория, хотя и не одобряя обращения с мужчинами-мусульманами как с христианами, говорил, что убивать мусульманских детей (которые невинны) и женщин (которые считаются невинными) незаконно¹³. В корне иным было, однако, настойчивое требование Анри Дюнан в Сольферино в 1859 г., чтобы гуманитарная помощь, которую он и другие организовали для облегчения страданий солдат, должна оказываться одинаково «французам и арабам, немцам и славянам»¹⁴.

11 См., например, Ahmed Rechid, «L'islam et le droit des gens», *Recueil des Cours*, 1937-II, p. 371, pp. 378–380.

12 См. Johnson and Kelsay, *op. cit.* (примечание 2); также см. de Taube, *op. cit.* (примечание 8), pp. 387–390.

13 F. Vittoria, «The second reelection on the Indians, or on the law of war made by the Spaniards on the barbarians» in A. Carnegie (ed.), *De Indis et de jure belli reelectiones* (trans. J.P. Bate), New York, 1917, p. 179 (36).

14 А. Дюнан «Воспоминание о битве при Сольферино», МККК, Москва 2000. (Впервые опубликовано на французском языке в 1882 г.) Отрывки приводятся в книге Pierre Boissier, *Histoire du Comité International de la Croix-Rouge: De Solferino à Tsushima*, Henry Dunant Institute, Geneva, 1978, p. 35. См. там же (p. 213) о различных подходах европейских держав и Османской империи к оказанию медицинской помощи во время Крымской войны.

Чем объяснялась гуманитарная деятельность Дюнан? Без сомнения, сам Дюнан был движим зарождающимся интернационализмом. Однако часто не придают значения тому, в какой степени его интернационализм был окрашен христианской моралью. Первые шаги в направлении развития гуманистического международного права, ограничивающего методы ведения войны, были, безусловно, основаны на «христианском милосердии»¹⁵. До того как Анри Дюнан основал движение Красного Креста, он создал международную организацию под названием Alliance universelle des Unions chrétiennes de jeunes gens (Христианские союзы), целью которой было организовать христианскую молодежь на международном уровне для совершения дел христианского милосердия¹⁶. Хотя основной целью поездки Дюнана в Сольферино была встреча с Наполеоном III для получения разрешения на спекулятивную операцию в Алжире, он также намеревался представить императору свою рукопись, озаглавленную «Империя Карла Великого, восстановленная Его Величеством Императором Наполеоном III»¹⁷. Связующей нитью между гуманитарным движением, рожденным в Сольферино, и идеей Дюнана о восстановленном панъевропейском христианском государстве под управлением Наполеона III была вера Дюнана в применение на международном уровне «христианского духа»¹⁸. В представлении Дюнана Красный Крест был не исключительно мирской, а международной организацией «самаритян»¹⁹, в лучших традициях христианского милосердия заботящихся о раненых, больных и беспомощных. В таком, преимущественно христианском, предприятии, казалось бы, вряд ли могло найтись место для исламских участников или их ценностей.

Однако если присмотреться внимательнее, можно найти исламские корни, изначально тесно переплетенные с христианскими. Рассказ Буасье о битве при Сольферино в его «Истории

15 Там же.

16 Там же, pp. 11–12. См. также ICRC, *La guerre et la charité*, ICRC, Geneva, 1866.

17 См. Richard Deming, *Heroes of the International Red Cross*, ICRC, New York, 1969, pp. 5, 8–10, 14.

18 Высказывание Дюнана в *Notice sur la Régence de Tunis* (1858), цитируется в Boissier, *op. cit.*, (примечание 14), p. 17.

19 Высказывание Дюнана в *La guerre et la charité*, *op. cit.* (примечание 16).

Международного Комитета Красного Креста» отражает подсознательное противопоставление христианского гуманитарного движения мусульманскому «иному». Буасье намекает, что ужасные потери в битве при Сольферино были вызваны отказом исламских войск, сражавшихся за Наполеона III, пощадить противостоявших им австрийцев, несмотря на призыв австрийского командования о соблюдении «*droit des gens* (международного права)»²⁰. Другие источники говорят о том, что к этим потерям привела неожиданная тактика французов, подвергших артиллерийскому огню резервные войска австрийцев²¹. Как бы там ни было, в рассказе Буасье подчеркиваются ранние и основополагающие различия между исламским «варварством» и христианским «милосердием».

Мусульманам отводилась пассивная роль «иной системы», которой противопоставлялось и в сравнении с которой некоторое время определялось международное гуманитарное право. На состоявшейся в Женеве в 1863 г. Конференции, где родился Комитет Красного Креста, не было представителей ни одного исламского государства. Однако Турция в 1865 г. ратифицировала Женевскую конвенцию 1864 г.²² За ней последовала Персия в 1874 г.²³; в том же году представители Турции присутствовали на Брюссельской конференции, сыгравшей огромную роль в кодификации законов и обычаев войны. В 1868 г. Турция приняла участие в Конференции по пересмотру Женевской конвенции²⁴ и в Санкт-Петербургской конференции²⁵, которая охарактеризовала гуманитарное право войны, объявив, что «единственная законная цель, которую должны иметь государства во время войны, состоит в ослаблении военных сил неприятеля»²⁶.

20 Boissier, *op. cit.* (примечание 14), pp. 24–25.

21 См., например, Deming, *op. cit.* (примечание 17), p. 7.

22 Конвенция об улучшении участи раненых и больных в действующих армиях, Женева, 22 августа 1864 г. Турция ратифицировала эту Конвенцию 5 июля 1865 г.

23 5 декабря 1874 г.

24 Турция была одним из государств, изначально подписавших Дополнительные статьи об участии раненых и больных в действующих армиях (Additional Articles relating to the Condition of the Wounded in War), Женева, 20 октября 1968 г.

25 Турция также подписала и ратифицировала Декларацию об отмене употребления взрывчатых и зажигательных пуль, Санкт-Петербург, 29 ноября – 11 декабря 1968 г.

26 Там же.

Правда, на всех этих конференциях участники из мусульманских стран играли скромную роль. Кроме того, те замечания, которые они все же делали, были изложены не с точки зрения исламизма, а в рамках европейской государственной системы. Мусульманские государства и мусульманская риторика не обладали большим авторитетом в этой системе и, соответственно, оказали небольшое влияние на развитие международного гуманитарного права.

Многие европейские державы сомневались в самой возможности добиться эффективного участия мусульманских государств в развитии новой отрасли права — МГП. Представитель Франции в Константинополе, г-н Егершмит, в письме в Международный Комитет Красного Креста от 15 марта 1868 г. объяснял свои сомнения в успехе создания национального общества Красного Креста в Турции:

«В любом деле в Константинополе приходится бороться с совершенно невообразимой силой инерции, и потребуются немислимые усилия, чтобы добиться образования на бумаге комитета, который никогда работать не будет и полезность которого турки в жизни не поймут, потому что они все сводят к Провидению и не допускают попыток уклониться от его предначертаний. Я знаю, чего стоило нам добиться присоединения Турции к Конвенции 1864 г., которая так и осталась для нее совершенно непонятной. Турция все же согласилась на это, когда ей объяснили, что нужно всего лишь подписать, чтобы быть как все, подготовленный для нее акт о присоединении, который ее ни к чему не обязывает»²⁷.

В замечаниях Егершмита видна уверенность не только в том, что турецкое государство, «большой человек Европы», не в состоянии активно участвовать в механизмах МГП, но и в том, что новый подход лежит за пределами понимания турок. По сути, существовала уверенность в том, что от мусульман нельзя ожидать христианского милосердия. Международное гуманитарное право было и, по мнению таких людей, как Егершмит, должно было оставаться христианским правом.

²⁷ Цитируется в Boissier, *op. cit.* (примечание 14), p. 288.

Эта пропасть между христианами и мусульманами была сокращена в значительной мере благодаря эффективной работе Густава Муанье, который возглавил движение Красного Креста после банкротства Дюнана. Муанье признавал, что международное гуманитарное право является продуктом христианской культуры²⁸, однако настаивал на том, что его всеобщее применение оправдано на основании позитивной науки²⁹ и естественного права³⁰, выходящего за рамки какой-либо одной религии. Он доказывал, что гуманитарные тенденции в международном праве войны служили выражением общественного сознания³¹, идей высшего порядка³² и международной солидарности³³. Как он писал в 1888 г., «основатели Красного Креста не желали связывать его ни с одной определенной религией, и знамя, поднятое в 1863 г., несмотря на изображенный на нем крест, должно в плане религии считаться не менее нейтральным, чем в политике»³⁴.

Вклад Муанье в определение движения Красного Креста имел двойное значение. Во-первых, под его руководством нормативная база движения перешла от христианства к универсальной светскости, основанной на сочетании естественного права и международного позитивизма. Во-вторых, Муанье прилагал усилия к тому, чтобы это право применялось последователями всех религий, включая ислам: ему в первую очередь принадлежит заслуга создания в 1868 г. Османского общества Красного Креста³⁵.

Во время нахождения Муанье в должности в 1875 г. разразилась гражданская война в Балканском регионе Османской им-

28 В 1888 г. Муанье писал, что в Красном Кресте «нельзя не увидеть этого продукта христианской цивилизации»: G. Moynier, *Les causes du succès de la Croix-Rouge*, monograph, Geneva, 1888, republished as «Introduction» in *Le Mémorial des vingt-cinq premières années de la Croix-Rouge*, ICRC monograph, Geneva, 1888, excerpted in Boissier, *op. cit.* (примечание 14), p. 455.

29 ICRC, *La neutralité des militaires blessés*, pamphlet presented at the Paris

Exhibition, excerpted in Boissier, *op. cit.* (примечание 14), p. 268.

30 Там же.

31 Там же, p. 267.

32 Там же.

33 ICRC, *La guerre et la charité*, excerpted in Boissier, *op. cit.* (примечание 14), p. 262.

34 Там же.

35 Там же, pp. 287–289.

перии между христианскими повстанцами и мусульманским правительством, Великой Портой. Эта гражданская война поставила перед движением Красного Креста два важнейших и взаимообусловленных вопроса: связь между гуманитарными принципами движения и а) суверенитетом и б) христианством. Вынудив движение Красного Креста рассмотреть эти вопросы, балканский кризис послужил поводом для выработки основополагающего определения международного гуманитарного права.

Во время балканского кризиса взаимосвязь между гуманитарными принципами МПП и суверенитетом поставила, по крайней мере, три проблемы.

Во-первых, встал вопрос о том, распространяется ли мандат Красного Креста на внутренние конфликты или он ограничивается вооруженными конфликтами между государствами. Если бы он относился только к межгосударственным конфликтам, как предполагает традиционный подход к суверенитету, Красный Крест не мог сыграть никакой роли в конфликте между цивилизациями, бушевавшем на территории Османской империи. Выступления Муанье в ежемесячных бюллетенях, рассылавшихся национальным обществам Красного Креста³⁶, в пользу вмешательства Красного Креста в значительной степени способствовали тому, что Красный Крест все-таки сыграл свою роль во время конфликта, создав важнейший прецедент. Муанье оправдывал такую трактовку мандата ссылкой на универсальный гуманизм, выходящий за рамки государственного контроля. По мнению Муанье, присоединение к Женевской конвенции 1864 г. не просто устанавливало нормы, применимые в ситуациях международного вооруженного конфликта в отношениях *между* суверенными государствами, — оно равнялось «принятию обета, морального кодекса», обязательного при любых обстоятельствах, даже *внутри* суверенных государств³⁷. Таким образом, гуманитарные принципы были выше суверенности, по крайней мере, на эпистемологическом уровне; однако эти принципы не учитывались, если государства не взяли на себя обязательства их применять.

36 Там же, pp. 393–394.

37 Там же, p. 394.

Во-вторых, этот кризис подчеркнул роль национальных обществ Красного Креста в государствах, не принимавших непосредственного участия в конфликте, но затронутых им: в связи с огромным потоком беженцев, хлынувшим в граничащие с зонами военных действий страны, например Сербию и Черногорию, встал вопрос о том, обязаны ли национальные общества помогать тем, кто бежит в их страны. Быстрая реакция Красного Креста, в том числе его действия в Черногории, где он способствовал созданию национального общества, явно показала, что национальные общества Красного Креста должны оказывать помощь в подобных ситуациях³⁸. В первую очередь, они должны быть верны движению и его гуманитарным принципам, а не государству-нации, в которых они были созданы.

В-третьих, кризис помог выявить, в какой степени движение Красного Креста зависит от системы государств-наций как базы и источника ресурсов для его деятельности. Это стало ясно в Турции. Проблема заключалась не просто, как предполагал Егершмит, в бюрократической инертности. Скорее, как и признал сам основатель Османского общества Красного Креста, основной проблемой являлось отсутствие единства между подданными Османской империи (которые должны были оказывать медицинскую помощь раненым солдатам посредством национального общества) и ее армией³⁹. Механизмы, выбранные для имплементации международного гуманитарного права, — постоянно действующие национальные общества, работающие в тесном сотрудничестве с централизованным правительственным аппаратом в целях оказания медицинской помощи, — были (и в значительной степени остаются) основаны на системе современных государств-наций. Они предполагали национальное единство, достигнутое централизованными государствами Западной Европы. Османская империя не являлась современным государством-нацией, она представляла собой империю, включавшую различные национальности, которые объединяла исламская вера и мусульманская власть. Это структурное различие повлияло на саму возможность имплементации гуманитарного права крупнейшим мусульманским государством того

38 Там же, pp. 391–398.

39 Там же, p. 288.

времени. Таким образом, эффективная имплементация гуманитарных принципов ограничивалась рамками суверенитета, в которых вводилось МГП.

Кризис на Балканах также поднял вопрос о связи между гуманитарными принципами МГП и христианством.

Подход Муанье к вопросу участия Красного Креста во внутригосударственном конфликте сыграл важную роль в выведении движения за рамки христианского интернационализма Дюнана. Муанье представлял международное гуманитарное право как универсальный моральный кодекс, выходящий за пределы религиозных противоречий. Присоединившись к Женевской конвенции 1864 г., Османская империя автоматически приняла на себя обязательство соблюдать этот кодекс не только в отношениях с христианскими государствами, но и в своих внутренних делах⁴⁰. Стратегия Муанье, по сути, представила Красный Крест не просто универсальной, но еще и светской организацией.

Однако сама эмблема Красного Креста стала семиотическим символом, давшим повод для разногласий. По мнению многих, разногласия в отношении эмблемы, продолжающиеся и сегодня, сводятся к основному вопросу настоящего исследования: может ли международное гуманитарное право, будучи продуктом христианской культуры, устроить другие культуры?

Проблема эмблемы возникла после того, как Черногория и Сербия, являвшиеся участницами Женевской конвенции 1864 г., вмешались в гражданскую войну на стороне христианских меньшинств. Сначала турецкие войска, в нарушение обязательств Турции как участницы Женевской конвенции, не признавали защиту, предоставляемую эмблемой Красного Креста. Несмотря на принятые под давлением Международного Комитета Красного Креста (МККК) новые турецкие законы, разъясняющие эту защиту и наказания за ее на-

⁴⁰ В 1882 г. в работе «*Croix-Rouge, son passe, son avenir*» Муанье вновь выразил то же мнение, охарактеризовав Конвенцию как «декларацию, как признание некоторых законов высшего порядка, доброволь-

ное подчинение которым то или иное государство считает вопросом чести и императивный характер которых является абсолютным». Там же.

рушение, нарушения продолжались. Это объяснялось не неведением войск, а тем, что они намеренно превращали в цель нападений крест, который «оскорблял чувства мусульманских солдат»⁴¹, главным образом потому, что ассоциировался у них с крестовыми походами. Хотя все стороны согласились, что красный крест не был принят в 1863 г. как сознательно религиозный символ, они не могли не видеть, что подобные возражения не оказывали сильного влияния на оскорбленные чувства турецких войск, возникавшие при виде креста или произошедшего кровопролития. Ситуация была настолько серьезной, что, когда Румынский Красный Крест предложил Османскому обществу прислать столь необходимые медицинские материалы, последнему пришлось отказаться, поскольку оно не могло гарантировать безопасность румынского персонала⁴². Единственным решением проблемы было выступление за немедленное введение второй защитной эмблемы мусульманского происхождения — красного полумесяца, что позволило Турецкому обществу выполнять его работу.

Поддержав это предложение, МККК предпринял исключительно практичный подход к реализации гуманитарных идеалов, которого он придерживается и по сей день. В январе 1877 г. МККК сообщил национальным обществам, что, если государства, подписавшие Конвенцию, пожелают, «чтобы исповедуемые ими принципы гуманности постепенно распространились среди всех народов, независимо от их религии, вопрос внешней формы не должен стать непреодолимым препятствием для развития этих принципов в среде нехристианских народов... Можно даже пойти на замену красного креста для нехристианских государств»⁴³.

После обмена письмами⁴⁴ было разрешено на время конфликта использование красного полумесяца вместо красного

41 Послание Великой Порты Федеральному Совету от 16 ноября 1876 г., процитированное в *Bulletin international des Sociétés de Secours aux Militaires blessés*, No. 29, January 1877, pp. 35–37.

42 Boisser, *op. cit.* (примечание 14), p. 401.

43 *Bulletin international des Sociétés de Secours aux Militaires blessés*, No. 29,

January 1877; см. также Boisser, *op. cit.* (примечание 14), p. 402.

44 См. переписку, приведенную в *Bulletin international des Sociétés de Secours aux Militaires blessés*, No. 29, January 1877, pp. 35–37; No. 30, April 1877, pp. 39–47; No. 31, July 1877, pp. 83–91; No. 32, October 1877, pp. 147–154.

креста. Когда Россия вступила в войну, чтобы оказать поддержку славянским христианским меньшинствам, она тщательно обговорила с турками гарантии взаимного признания двух эмблем (красного креста и красного полумесяца), хотя это и не принесло результатов, поскольку убийства носителей красного креста продолжались⁴⁵. Однако красный полумесяц также начали использовать, и до сих пор его признают в качестве отличительной защитной эмблемы наравне с красным крестом.

Почему же эмблема стала камнем преткновения? Ответ очевиден: исторические ассоциации, связанные с крестом, и неуместность его использования в качестве символа беспристрастности и нейтральной помощи. Тот факт, что первоначальный комитет выбрал его своей эмблемой, свидетельствует, прежде всего, о том, что интернационализм его членов являлся, по меньшей мере, подсознательно европейским явлением, не учитывавшим тонкости мусульманской (или иной) культуры. Более того, эмблема и ее толкование послужили поводом для спора относительно самоопределения международного гуманитарного права. С одной стороны, некоторые (как европейцы, так и мусульмане) признавали крест религиозной эмблемой и предлагали придать различным религиям и культурам равный вес в рамках МГП, признав их собственные эмблемы. Другие приняли более модернистский, светский подход, предполагающий, что религиозному символизму нет места в международном гуманитарном праве, которое представляет собой естественный человеческий закон, выходящий за рамки конкретных религий, и оно должно быть представлено единым символом гуманизма. Тема эмблемы была и остается очень важной, потому что поднимает вопрос о том, как светская универсалистская система управления и права согласовывается с религиозными ценностями. Как могут эти две системы сосуществовать? Именно этот вопрос стоит в центре противостояния между исламом и европейским правом в рамках МГП.

⁴⁵ См. Boisser, *op. cit.* (примечание 14),
p. 405.

Этот обзор раннего периода международного гуманитарного права показывает, что ислам сыграл важную роль «иной системы», по сравнению с которой это право определяло себя. Вначале оно восприняло традиционную динамику ориентализма, в котором европейская христианская система черпала силу для построения собственного образа (христианского «милосердия»), пороча восточное мусульманское «иное» (турецкое «варварство»). Хотя Османская империя и Персия официально на равных участвовали в системе МГП, эта система считалась по своей сути чуждой исламским ценностям и методам.

Однако постепенно под влиянием столкновений с исламом и стремления к универсализации сторонников МГП, в частности Густава Муанье, это право обратилось к светскому модернизму, вышедшему за пределы этого первоначального ориентализма. МГП начало определять себя таким образом, чтобы можно было учесть особенности мусульманской системы, семиотические ли (такие как эмблема) или систематические (такие как сложность работы в османских административных структурах). Этот вынужденный процесс самоопределения внес большой вклад в характер движения Красного Креста и сформировал действие большей части МГП в том виде, в каком мы его знаем сегодня. Однако беспокойство по-прежнему вызывал тот факт, что вся система деятельности в рамках МГП основана на понятии суверенитета государства-нации, выведенном из европейской христианской традиции и чуждом исламу.

1899–1945 гг.: ислам в международном гуманитарном праве – умма, государства-нации или цивилизация?

Существует сходство между той ролью, которую представители мусульманства играли в появлении международного гуманитарного права до 1899 г., и ролью, сыгранной ими в дальнейшем. В обоих случаях эта роль с первого взгляда казалась незначительной: участие мусульман касалось ключевых вопросов МГП и формы, которую оно должно принять. С 1899 по 1945 гг. основным вопросом являлась совместимость МГП, основанного на гу-

манизме и суверенитете, с исламом, основанном на слове Аллаха и всемирном сообществе веры.

На Гаагских мирных конференциях в 1899 и 1907 гг.⁴⁶ присутствовали две мусульманские делегации — от Османской империи и Персии. В двух этих странах жило большинство мусульман того времени, и, соответственно, они воспринимались как представители ислама⁴⁷. Тем не менее отдельные делегаты были европеизированы и настроены прозападно⁴⁸. Обе делегации активно участвовали во всех аспектах работы Конференции, хотя, будучи «малыми державами», они вели себя относительно скромно. Однако их замечания были особенно важны для продолжения дискуссии относительно способности международного гуманитарного права вместить в себя различные религиозные наследия.

В результате участия мусульманских делегаций Гаагские мирные конференции официально подтвердили принцип отсутствия религиозной дискриминации в качестве основного принципа МГП. На Конференции 1899 г. делегация Персии заручилась гарантиями того, что в норме, запрещающей уничтожение культурных или религиозных ценностей, не будет проводиться различие между мечетями и другими религиозными ценностями⁴⁹. Делегации Османской империи и Персии добились того, чтобы некоторые другие делегации признали их защитные эмблемы (красного полумесяца и красного льва и солнца, соответственно) вместо эмблемы красного креста⁵⁰. Все это предполагало, что международное гуманитарное право может вместить в себя ряд различных религиозных культур.

⁴⁶ См. Arthur Eyffinger, *The 1899 Hague Peace Conference: The Parliament of Man, the Federation of the World*, Kluwer Law International, The Hague, 1999; William I. Hull, *The Two Hague Conferences and their Contributions to International Law*, Ginn & Company, Boston, 1908; reprinted Kraus Reprint Co., New York, 1970.

⁴⁷ Ср. Eyffinger, *op. cit.* (примечание 46), p. 97.

⁴⁸ Там же, pp. 170–171, 193–194.

⁴⁹ См. Hull, *op. cit.* (примечание 46), pp. 253–254. По иронии судьбы, на протяжении всей Конференции 1899 г. турецкую делегацию преследовали обвинения в религиозной дискриминации в Османской империи в отношении армянского христианского меньшинства: см. Eyffinger, *op. cit.* (примечание 46), pp. 349–351.

⁵⁰ Eyffinger, *op. cit.* (примечание 46), pp. 268, 277–278, 279.

Однако увеличение числа нейтральных эмблем грозило подорвать эффективность МГП при отказе от идеи одной простой, всемирно признанной эмблемы. Поэтому дебаты велись вокруг того, существует ли религиозный подтекст красного креста в действительности или лишь в воображении. Хотя другие не-европейские делегации, например японцы и китайцы, указывали, что их государства не придают знаку красного креста религиозного значения⁵¹, мусульманские государства (и Сиам) отказались принять крест в качестве единственной эмблемы⁵². Учитывая их упорное сопротивление, был найден нелегкий компромисс. В 1899 г. красный крест остался единственной официально признанной эмблемой, хотя некоторые делегации более или менее открыто признавали эмблемы красного полумесяца и красного льва и солнца. Женевская конференция 1906 г. по пересмотру специально вновь сформулировала общую норму единства отличительного знака, разрешив Османской империи и Персии сформулировать оговорки⁵³.

Семиотическое превосходство креста одновременно было укреплено официальным признанием его не религиозным символом, а обратным изображением швейцарского флага, который давно ассоциировался с нейтральностью⁵⁴. На самом деле, далеко не ясно, задумывался ли красный крест как обратное изображение швейцарского геральдического знака, как предположила Конференция 1906 г. Переговоры на Конференции 1864 г., которые привели к принятию эмблемы, не тщательно протоколировались, но то, что мы о них знаем, предполагает, что путь к эмблеме почти

51 Boissier, *op. cit.* (примечание 14), p. 499.

52 См. Hull, *op. cit.* (примечание 46), pp. 114–115, 118.

53 См. Франсуа Бюньон «Эмблемы красного креста и красного полумесяца» в сборнике «Правовая защита эмблем красного креста или красного полумесяца», МККК, 1993, с. 7.; Hull, *op. cit.* (примечание 46), p. 118; см. также *Actes de la Conférence de Révision réunie à Genève du 11*

juin au 6 juillet 1906, Imprimerie Henry Jarrys, Geneva, 1906, pp. 17, 63, 160–164, 175, 199, 214, 260 and 286.

54 См. Конвенцию об улучшении участи раненых и больных в действующих армиях, Женева, 6 июля 1906, ст. 18: «Из уважения к Швейцарии геральдический знак красного креста на белом поле, образуемый путем обратного расположения федеральных цветов, сохраняется как эмблема и отличительный знак санитарной службы армий».

наверняка вел *не* от швейцарского флага⁵⁵. Однако есть вопрос важнее, чем то, задумывалась ли эмблема *изначально* как христианский знак. Это вопрос о том, насколько быстро и убедительно ее светское толкование было принято в качестве официальной теории, как уверяла Конференция 1906 г.⁵⁶

Споры об эмблеме также показали, что основополагающее разделение внутри мусульманского сообщества носило не столько религиозный, сколько культурный характер. Две эмблемы, а не одна, были неявным образом приняты в качестве эмблем исламских держав, участвовавших в Конференциях, — Турции и Персии. Их эмблемы — красный полумесяц и красный лев и солнце — представляли не просто различные течения в исламе, но более глубокие традиции, предшествовавшие исламу. Это подтверждается тем фактом, что Турция сохранила эмблему красного креста после светских реформ Ататюрка в 1920-х гг.

Различие в эмблемах указывало на глубокие разногласия внутри уммы. Эти разногласия начали множиться, когда разрывающие силы современности и национализма овладели исламским миром. В 1899 г. Болгария, княжество в составе Османской империи, еще находившееся под властью турок, была представлена отдельной под-делегацией, подчиненной Османской делегации. В 1907 г. места и подписи ее делегации считались независимо от ее сюзерена⁵⁷. Единству уммы как участника международного гуманитарного права бросили вызов и создание новых государств-наций на Мирных конференциях, прошедших после Первой мировой войны⁵⁸, и отмена Халифата, хотя такое разрастание исламских государств-наций при-

55 См. Boisser, *op. cit.* (примечание 14), pp. 105–107, 499.

56 Буасье предполагает, что делегаты Конференции 1899 г. сами верили в принятую ими версию событий, несмотря на ее ошибочность. Он отмечает, что это была та версия событий, которую «сам Муанье любопытным образом утвердил в нескольких работах». Учитывая другие меры, которые Муанье предпринимал для того, чтобы

сделать движение Красного Креста более светским, неудивительно, что он признал такую светскую версию событий: там же, р. 499.

57 См. Hull, *op. cit.* (примечание 46), р. 11, 13; Eyffinger, *op. cit.* (примечание 46), pp. 96–99.

58 См. D. Lloyd George, *The Truth About the Peace Treaties*, Victor Gollancz, London, 1938, особенно Chapters XXII–XXVI.

вело к увеличению реального количества мусульманских делегаций на международных конференциях.

Это быстро привело к важным последствиям — к официальному, а не подразумеваемому признанию использования эмблем красного полумесяца и красного льва и солнца государствами, которые уже использовали их (Турция и Египет; Персия) — в ст. 19 Женевской конвенции от 27 июля 1929 г.⁵⁹ На первый взгляд, увеличение числа исламских государств усилило влияние мусульман на формирование международного гуманитарного права и укрепило их защиту в системе МГП.

Однако в действительности все обстояло совершенно иначе. Европейские державы неохотно признали формально равное участие мусульманских государств в системе публичного международного права только «в момент упадка державы, которая придавала ему значение, т.е. Османской империи»⁶⁰. «Интеграция» мусульманских государств в современное сообщество наций на самом деле заключалась в некоей форме «покорения», европеизации своего рода, основанной на воссоздании мусульманской уммы в отдельных государствах-нациях⁶¹. Участие мусульман в системе государств-наций и в конференциях, разрабатывавших МГП, началось, согласно такому толкованию, не с позиций равенства.

59 Конвенция об улучшении участи раненых и больных в действующих армиях, Женева, 27 июля 1929 г., ст. 19:

«Из уважения к Швейцарии геральдический знак красного креста на белом поле, образуемый путем обратного расположения федеральных цветов, сохраняется как эмблема и отличительный знак санитарной службы армий. Однако в отношении стран, употребляющих уже вместо красного креста красный полумесяц или красные лев и солнце на белом поле в качестве отличительного знака, эти эмблемы равным образом допускаются в смысле настоящей Конвенции».

См. *Actes de la Conférence diplomatique convoquée par le Conseil fédéral suisse pour la Révision de la Convention du 6 juillet 1906*

pour l'Amélioration du Sort des Blessés et Malades dans les Armées en Campagne, et pour l'Elaboration d'une Convention relative au Traitement des Prisonniers de Guerre, réunie à Genève du 1^{er} au 27 juillet 1929, Imprimerie du Journal de Genève, Geneva, 1930, pp. 19, 247–254, 570, 615 and 666.

60 John Strawson, «Encountering Islamic law», at <http://www.iiu.edu.my/deed/law-base/jsrps.html>.

61 Majid Khadduri, «Islam and the modern law of nations», *American Journal of International Law*, Vol. 50, 1956, pp. 353–372, p. 358; Стросон (Strawson, *op. cit.* (примечание 60) отмечает, что в 1906 г. Персия приняла конституцию на основе бельгийской модели, а в 1923 г. за ней последовал Египет.

Мохаммед Беджауи предположил, что система государств-наций вывела право ислама из области публичного права на конституционном, административном и международном уровнях и породила мусульманское право, характеризующееся *лишь* как частное право⁶². Во многих отношениях это кажется верным, по крайней мере, что касается гуманитарного права. Участие мусульманских делегаций в проходивших в период между войнами конференциях по МГП было основано не на исламе, а на публичном международном праве, и немногие мусульманские ученые того времени обращались к связи между классической доктриной ислама и гуманитарным правом. Как подчеркивает Джон Келси, начиная с того периода участие мусульманских ученых в разработке МГП происходило *изнутри* этого права, и до недавнего времени не было попыток разработать отдельный мусульманский подход к ограничению ведения вооруженных военных действий⁶³.

Однако в период между войнами существовала тенденция, направленная на поиск способа сохранить отчетливо мусульманский характер этого участия в публичном международном праве. Как мусульманские государства-нации могли после разделения уммы поддержать и представить свою коллективную индивидуальность в публичном международном праве? Ответ, данный рядом мусульманских ученых, был основан на ст. 9 и 38 Статута Постоянной Палаты Международного Правосудия. Статья 9 гласит: «При избрании избиратели должны иметь в виду, что не только каждый избранный в отдельности должен удовлетворять всем предъявляемым требованиям, но и весь состав судей в целом должен обеспечить представительство главнейших форм цивилизации и основных правовых систем мира»⁶⁴.

Статья 38(3) предусматривала, что Палата должна применять, среди прочего, «общие принципы права, признанные цивилизованными нациями». Эти мусульманские ученые доказывали,

⁶² Bedjouï, *op. cit.*, (примечание 2), pp. 295–296.

⁶³ См. John Kelsay, «Islam and the distinction between combatants and noncombatants», in Johnson and Kelsay, *op. cit.* (примечание 2), p. 197, pp. 207–208.

⁶⁴ Статут Постоянной Палаты Международного Правосудия, принятый в соответствии со ст. 14 Устава Лиги наций.

что ислам как раз является одной из «главнейших форм цивилизации», упомянутых в Статуте, а исламское право — одной из «основных правовых систем мира», и, соответственно, Палата обязана признать исламское право в качестве *источника* международного права⁶⁵. Дело не ограничилось ученой дискуссией, предложение было официально передано Лиге Наций, а затем — Конференции государств, создававших Организацию Объединенных Наций⁶⁶.

Такой подход был связан с определением международного права как универсальной системы, включающей различные культуры, и тем самым создавал преимущества для ислама, ставя его наравне с европейской культурой и подчеркивая наднациональный характер ислама в системе публичного международного права. В нем также нашли отражение две существенные уступки: очевидный отказ от каких-либо возражений против того, что система международного публичного права имеет юридическую силу в мусульманских государствах благодаря ее культурному, историческому и религиозному своеобразию (этот довод должен был вновь приводиться в связи с правами человека), а также признание нормативного превосходства светского права над исламским правом, по крайней мере, в отношениях между государствами.

В более узкой области МГП этот *цивилизованный* подход привел к двум результатам: во-первых, к активному и регулярному участию мусульманских государств в базирующейся на государствах системе МГП, обозначающему принятие мусульманами международного гуманитарного права как средства конструктивного взаимодействия с немусульманскими странами в международном сообществе; и во-вторых, к официальному признанию красного полумесяца и красного льва и солнца, к защите культурных

⁶⁵ См. Proceedings of international conferences on comparative law of 1932, 1937, in *Bulletin trimestriel de la Société de législation comparée*, 1937, pp. 346–347.

⁶⁶ См. Меморандумы, представленные Лиге Наций в сентябре 1939 г., и Конференции ООН в Сан-Франциско 17 апреля

1945 г.; см. также Mahmassani, *op. cit.* (примечание 2), p. 222. Ст. 9 и 38(1)(с) Статута Международного Суда, являющиеся частью Устава ООН, почти дословно повторяют ст. 9 и 38(3) Статута Постоянной Палаты Международного Правосудия.

символов в рамках этой более широкой модели МГП. Тем не менее, преобладающий характер столкновений между МГП и исламом в период с 1899 по 1945 гг. объяснялся все возрастающим значением национализма в подходе, принятом мусульманскими странами.

1945–1977 гг.: ислам, национализм и международное гуманитарное право

В период между 1945 и 1977 гг. представители мусульманских стран играли важную роль в придании нового характера международному гуманитарному праву с тем, чтобы оно смогло удовлетворять потребностям, возникавшим в конфликтах постколониального времени. Их участие характеризовалось, однако, не транснациональным исламизмом, а национализмом.

Разногласия⁶⁷, которые привели в 1973 г. к созыву дипломатической конференции⁶⁸ для внесения поправок к Женевским конвенциям 1949 г.⁶⁹, были связаны в том числе со значительными конфликтами, в которых участвовали исламские националистичес-

67 См. Elihu Lauterpacht, «The legal irrelevance of the 'state of war'», *ASIL Proceedings* 1968, pp. 58-68; Julius Stone, *Of Law and Nations*, 1974, p. 427 ff. В эти обсуждения особый вклад внес египетский специалист по вопросам права Джордж Аби-Сааб, как своими работами (см., в частности, G. Abi-Saab, «Wars of national liberation and the laws of war», *Annales d'Études Internationales*, Vol. 3, 1972, p. 93), так выступлениями в качестве делегата от Египта на Конференции 1974-1977 гг., принявшей два Дополнительных протокола: см. Jean J.A. Salmon, «Les guerres de libération nationale» in Antonio Cassese (ed.), *The New Humanitarian Law of Armed Conflict*, Editoriale Scientifica, Naples, 1979, p. 55. См. также Доклады Генерального секретаря ООН, озаглавленные «Respect for Human Rights in Armed Conflict» («Соблюдение прав человека во время вооружен-

ных конфликтов»), например, UN A/7720, 20 November 1969.

68 См. Res. XXIII of 12 May 1968, *Final Act of the International Conference on Human Rights*, Tehran, 22 April – 13 May 1968 (A/Conf. 32/41); UNGA Res. 2444 (XXIII), 13 January 1969.

69 Конвенция (I) об улучшении участи раненых и больных в действующих армиях, Женева, 12 августа 1949 г.; Конвенция (II) об улучшении участи раненых, больных и лиц, потерпевших кораблекрушение, из состава вооруженных сил на море, Женева, 12 августа 1949 г.; Конвенция (III) об обращении с военнопленными, Женева, 12 августа 1949 г.; Конвенция (IV) о защите гражданского населения во время войны, Женева, 12 августа 1949 г.; *Official Commentary on the 1949 Geneva Conventions*, Jean Pictet (ed.), ICRC, Geneva, 1965.

кие движения. Это были арабо-израильский конфликт, развившийся в 1948 г., который прямо поставил вопрос о пороге применения гуманитарного права и о месте в этом праве национально-освободительных движений⁷⁰; Суэцкий кризис 1956 г.; индо-пакистанский конфликт в сентябре 1965 г.⁷¹; и особенно освободительная война в Алжире в конце 1950-х — начале 1960-х гг., во время которой непризнание Францией за Алжиром статуса воюющей стороны помешало мусульманским повстанцам воспользоваться многочисленными защитными положениями МГП.

На конференции, созванной в результате этих событий, участники-мусульмане — представители как государств, так и негосударственных образований (в особенности Организации освобождения Палестины (ООП) — сыграли важную роль в формулировании ст. 1 Дополнительного протокола I к Женевским конвенциям⁷², которая распространила предоставляемую МГП защиту на тех, кто ведет борьбу против колониального господства, иностранной оккупации и расистских режимов⁷³. Статья 1 (как и факт присутствия на конференции представителей негосударственных образований)

70 Dietrich Schindler, «State of war, belligerency, armed conflict» in Antonio Cassese (ed.), *The New Humanitarian Law of Armed Conflict*, Editoriale Scientifica, Naples, 1979, pp. 3 and 8.

71 Там же, pp. 9–10.

72 Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 г., касающийся защиты жертв международных вооруженных конфликтов (Протокол I), Женева, 8 июня 1977 г. См. также Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 г., касающийся защиты жертв вооруженных конфликтов немеждународного характера (Протокол II), Женева, 8 июня 1977 г.

73 См. Протокол I, ст. 1(4). Проект этого текста был принят в 1974 г. 70 голосами «за» (22 из которых были поданы государствами, где мусульмане составляли большинство на-

селения) и 21 «против» (ноль мусульманских государств) при 13 воздержавшихся (1 мусульманское государство). На заключительном голосовании в 1977 г. этот же текст был принят 87 голосами «за» (24) при 1 «против» (Израиль) и 11 воздержавшихся (0): см. Salmon, *op. cit.* (примечание 67), pp. 65–66. ООП получила разрешение пригласить свою делегацию на конференцию (как и другие признанные национально-освободительные движения), и многие западные государства полагали, что это было намеренным следствием такого расширения международного гуманитарного права: см. George H. Aldrich, «Prospects for United States ratification of Additional Protocol I to the 1949 Geneva Conventions», *American Journal of International Law*, Vol. 85, No. 1, 1991, p. 6. О вкладе египетского делегата Джорджа Аби-Сааба см. выше (примечание 67).

представляла собой значительное изменение в гуманитарном праве, выход за рамки статической модели, на которой оно долгое время основывалось. Это радикальное изменение было непосредственным результатом давления со стороны мусульманских участников. Однако необходимо помнить, что последние опирались главным образом не на ислам, а на национализм⁷⁴.

Признание роли негосударственных образований в международном гуманитарном праве отражен в другом изменении — в узаконивании различных методов ведения войны, к которым были вынуждены прибегать такие образования. В то время как современные государства-нации могли вести традиционную войну с помощью постоянных армий, негосударственным образованиям, не имеющим подобных централизованных военно-бюрократических структур, зачастую приходилось прибегать к партизанской войне, не разрешенной Женевскими конвенциями 1949 г. В результате те формы насилия, которые они использовали, по большей части выходили за рамки МГП. Мусульманские участники конференции сыграли важную роль во включении этих действий в сферу применения МГП, в частности в переформулировании понятия «комбатант»⁷⁵. Воздействие мусульманских делегатов было особенно заметно при решении проблемы законности использования маскировки и условий, касающихся открытого ношения оружия, т.е. в тех вопросах, с которыми мусульманские национально-освободительные движения (такие как ООП и алжирские группировки) уже сталкивались во время своих операций⁷⁶.

⁷⁴ См., например, Article 22 of the Palestine National Covenant, 1968, in Yehuda Lukacs (ed.), *Documents on the Israeli-Palestinian Conflict, 1967–1983*, Cambridge University Press, Cambridge, 1984, p. 142.

⁷⁵ См. Протокол I, ст. 42–45.

⁷⁶ См. Salmon, *op. cit.* (примечание 67), pp. 103–104, 108–109. В какой-то момент арабские страны внесли предложение об

абсолютном запрещении нападений на объекты, предназначенные для использования в гражданских целях, такие как дома, жилища и транспортные средства, вне зависимости от того, используются ли они в военных целях: см. Charles Lysaght, «The attitude of western countries», in Antonio Cassese (ed.), *The New Humanitarian Law of Armed Conflict*, Editoriale Scientifica, Naples, 1979, p. 349, p. 364.

Арабо-израильский конфликт оказал влияние на все выступления мусульманских участников на Конференции 1974–1977 гг. и на ответы им других участников. Одним из примеров является вопрос о комиссии по расследованию. К концу Конференции страны третьего мира предложили сделать обязательным институт международной комиссии по расследованию, которая должна была учреждаться в соответствии с проектом статьи 90 Протокола I, – по крайней мере, в отношении нарушений гуманитарного права на оккупированных территориях. Вопрос, который мог бы быть относительно «нейтральным», таким образом, становился чреватый важными политическими последствиями, поскольку подобная обязательная комиссия по расследованию могла быть немедленно использована в арабо-израильском конфликте. Предложение встретило резкий отпор как со стороны советского блока (который к тому времени начал подозрительно относиться к международному арбитражу как таковому), так и со стороны западных стран, усмотревших в нем антиизраильскую уловку⁷⁷. В этом случае, возможно, мусульманский национализм непреднамеренно стал помехой в развитии гуманитарного права, но в то же время он внес и огромный вклад в эту работу, о чем говорилось выше.

К 1977 г. мусульманские страны, очевидно, были готовы работать в рамках МГП. Они не только использовали систему государств-наций, на которой оно было основано, для развития права в своих собственных целях, но и сознательно применяли светские, гуманистические аргументы для оправдания своих действий перед международным сообществом. Об этом явно свидетельствует речь, произнесенная Ясиром Арафатом в 1974 г. на Генеральной Ассамблее ООН, в которой он пытался представить национально-освободительное движение Палестины как националистическое движение, оправдываемое гуманистическими принципами, а не религиозными убеждениями:

⁷⁷ См. Luigi Condorelli, «Les pays afro-asiatiques», in Antonio Cassese (ed.), *The New Humanitarian Law of Armed Conflict*,

Editoriale Scientifica, Naples, 1979, p. 386, pp. 394–395.

«С самого начала причинами нашей революции не были расизм или религиозный фанатизм. Она была направлена не против евреев, но против расистского сионизма и агрессии. В этом смысле наша революция представляет собой положительное явление и для евреев. Мы боремся за то, чтобы евреи, христиане и мусульмане могли жить рядом друг с другом, имея равные права и обязанности и будучи свободными от расовой или религиозной дискриминации».⁷⁸

Слова Арафата отражали тенденцию предыдущих 75 лет: подавление разделившейся мусульманской индивидуальности в международном гуманитарном праве и в более общем смысле — в международном публичном праве, выразившееся в попытке мусульманских государств использовать эти системы в своих собственных целях или, может быть, обеспечить менее контролируемый процесс культурного подчинения. Однако в стратегические моменты Конференции 1974—1977 гг. стали проявляться признаки существенного изменения в отношении отдельных мусульманских государств к публичному международному праву в целом и особенно к МГП; некоторые из них, в частности, начали представлять мусульманский правопорядок в качестве альтернативы международному гуманитарному праву, а не его составной части. В отчетах об обсуждениях Дополнительного протокола II⁷⁹, регулирующего внутренние конфликты, содержится несколько существенных признаков появления такого скептицизма по отношению к МГП⁸⁰. Это были первые знаки революционного движения мусульманских государств от гуманистических принципов правового порядка МГП к теократической нормативности ислама. Это движение укрепилось в последующие годы и, как мы видим, сейчас бросает серьезный вызов светскому универсализму гуманитарного права.

⁷⁸ Lukacs, *op. cit.* (примечание 74), p. 174.

⁷⁹ См. выше (примечание 72).

⁸⁰ См. Howard S. Levie (ed.), *The Law of Non-International Armed Conflict: Protocol II to the 1949 Geneva Conventions*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1987, p. 5 (Египет о совместимости проекта Протокола II с исла-

мом), p. 65 (Саудовская Аравия о совместимости ст. 1 с догматом исламского права о всеобъемлющем уважении и защите, которые полагаются любому человеку вне зависимости от цвета кожи или расы) и p. 301 (Саудовская Аравия об уголовных нормах).

1977–1998. Гуманистический универсализм и религиозный универсализм: конкуренты или партнеры?

Исламская революция в Иране ознаменовала возрождение теократической исламской идеологии и политики, что в значительной степени изменило отношение мусульманских государств к системе публичного международного права, включающей в себя МГП. Ислам и гуманитарное право все чаще трактуются как конкурирующие нормативные системы. В данном разделе я рассмотрю два конкретных эпизода, чтобы продемонстрировать это соперничество: ирано-иракскую войну 1980–1988 гг. и разногласия по гендерному вопросу во время обсуждения Римского статута Международного уголовного суда.

После Исламской революции Исламская Республика Иран, казалось, отказалась от национализма в пользу радикального и универсалистского ислама. Этот переход от националистической обособленности к мусульманскому единству в рамках международного гуманитарного права был отражен в ноте от 4 сентября 1980 г., в которой Иран объявлял, что принимает эмблему красного полумесяца в качестве отличительного знака медицинской службы своих вооруженных сил вместо красного льва и солнца⁸¹.

Конфликт, разразившийся между Ираном и Ираком в 1980 г., поднял вопрос о том, как исламское единство повлияет на поведение каждой из сторон во время военных действий. Как показывают многочисленные официальные документы, внешне, по крайней мере, оба государства, казалось, были готовы соблюдать международное гуманитарное право⁸². Однако в действительности дело обстояло совершенно по-другому: обе стороны явно неодно-

⁸¹ «Adoption of the red crescent by the Islamic Republic of Iran», *International Review of the Red Cross*, No. 219, November – December 1980, pp. 316–317.

⁸² См., например, *Letter dated 28 June 1984 from the Deputy Permanent Repre-*

sentative of Iraq to the United Nations addressed to the Secretary-General, UN Doc. S/16649, 28 June 1984; *Statement dated 17 July 1989 by the Foreign Ministry of the Islamic Republic of Iran*, UN Doc. S/20470, 19 July 1989, Annex.

кратно нарушали МГП⁸³. К сожалению, подобные расхождения между словом и делом не редкость в МГП и являются свидетельством приверженности какого-либо из государств нормам ислама, а не МГП.

Более показательны слова, обращенные не вовне, к международному сообществу, а к собственному населению каждой стороны. В своих выступлениях внутри государства иранское руководство упорно определяло войну как борьбу в защиту ислама от «иракского предателя ислама, богохульствующего баасиста» (Саддама Хусейна)⁸⁴. Руководство Ирака, напротив, сначала объясняло, что война необходима для защиты иракского суверенитета от иранской «революции без границ», а затем — для защиты территориальной целостности Ирака от агрессии со стороны Ирана⁸⁵. Иран склонялся к нормам ислама, Ирак — к публичному международному праву.

Однако разница в подходах существовала не только на словах, она повлияла и на поведение каждой стороны во время военных действий. Верховное командование Ирака оправдывало перед собственным народом намеренные нападения на иранских гражданских лиц военной необходимостью, доказывая, что гуманитарные ограничения неприменимы в «войне за выживание» и что вполне законно нападать на гражданское население Ирана, ослабевая таким образом поддержку военной политики его руководства⁸⁶. Эти доводы были быстро разбиты международным сообществом.

⁸³ См., например, Memorandum from the International Committee of the Red Cross to the States Parties to the Geneva Conventions of 12 August 1949 concerning the conflict between the Islamic Republic of Iran and Republic of Iraq, Geneva, 7 May 1983, reprinted in Marco Sassoli and Antoine A. Bouvier, *How Does Law Protect in War?*, ICRC, Geneva, 1999, p. 978; and ICRC, Second Memorandum from the International Committee of the Red Cross to the States Parties to the Geneva Conventions of 12

August 1949 concerning the conflict between the Islamic Republic of Iran and Republic of Iraq, Geneva, 10 February 1984, reprinted in *Ibid.*, p. 982; см. также UN Doc. S/RES/540 (31 October 1983).

⁸⁴ См. Shahram Chubin and Charles Tripp, *Iran and Iraq at War*, I.B. Tauris and Company Ltd., London, 1988, p. 38.

⁸⁵ Kelsay, *op. cit.* (примечание 63), p. 213.

⁸⁶ Там же, p. 215; Chubin and Tripp, *op. cit.* (примечание 84), p. 60.

пешеством⁸⁷. Иранское руководство, наоборот, использовало понятие «народной войны», которое столь успешно ввели в 1970-х гг. ПЛО и другие исламские национально-освободительные движения, придав ему исламскую окраску⁸⁸. Иранские военные стратеги провозгласили намерение «отказаться от традиционных методов ведения войны» в пользу «исламской войны»⁸⁹. Для иранского военного планирования такой подход имел два важных следствия: во-первых, победа определялась не результатами (уничтожением неприятельской армии), а самим процессом (демонстрацией веры путем самопожертвования); во-вторых, исламская народная война разрешала лишь войну против еретического руководства Ирака, но не против его правоверных жителей, которых можно обратить против этого руководства⁹⁰.

До некоторой степени этот подход казался вполне совместимым с международным гуманитарным правом, поскольку проводил различие между гражданским населением и военными структурами Ирака. По прошествии же времени стало ясно, что между двумя подходами есть одно серьезное различие: целью военных операций Ирана являлось не ослабление военных сил неприятеля, как то предусматривает Санкт-Петербургская декларация, а личная демонстрация веры путем пролития крови — своей или неверных⁹¹. Человеческая жизнь ценилась не сама по себе, а лишь как демонстрация подчинения (islam) Аллаху. Это поощряло добровольное мученичество и одновременно позволяло распоряжаться жизнью людей, проживаемой не в духе ислама, как, по сути, ненужной. Среди военнопленных «верующим» отдавалось преимущество перед «верноподданными»⁹².

⁸⁷ См., например, п. 2 Резолюции 540 Совета Безопасности ООН, UN Doc. S/RES/543, 31 October 1983, para. 2.

⁸⁸ Kelsay, *op. cit.* (примечание 63), pp. 215–216.

⁸⁹ Там же. См. также Chubin and Tripp, *op. cit.* (примечание 84), p. 43.

⁹⁰ Там же, pp. 213–214; Chubin and Tripp, *op. cit.* (примечание 84), pp. 40–46.

⁹¹ См. Chubin and Tripp, *op. cit.* (примечание 84), p. 40.

⁹² См. *Prisoners of War in Iran and Iraq: The Report of the a Mission Dispatched by the Secretary-General*, UN Doc. S/16962, January 1985.

Когда в 1984 г. стало ясно, что иракские шииты не встанут против своего баасистского правительства, иранские военные руководители, как теперь становится очевидно, стали нападать на гражданское население, начав с бомбардировок Басры⁹³.

Так, Исламская революция в Иране незаметно перетекла в нормы ведения войны. В действительности, Иран бросил прямой вызов мусульманским государствам, вынудив их решать, регулируется их поведение во время войны нормами МГП или исламом. Мусульманские государства не могли больше считать, что исламу отводится роль партнерской культуры в рамках нейтральной светской системы современного МГП; вместо этого две системы теперь воспринимались как непосредственные конкуренты.

С развитием МГП в течение следующего десятилетия и со все более четким определением того, какое поведение оно разрешает в периоды вооруженных конфликтов, вопрос гендерных отношений стал важным пунктом в противоборстве МГП и исламского права. Нигде это не видно столь ясно, как в обсуждениях Статута Международного уголовного суда на Дипломатической конференции 1998 г. в Риме (Римского статута)⁹⁴.

Во-первых, разногласия по гендерному вопросу начались с обсуждения положений, регулирующих гендерное равновесие в составе Суда⁹⁵. Арабские государства возражали против любой попытки ввести систему квот. Им удалось добиться компромисса, исключив из текста упоминание о гендере и обязав государства-участники при отборе судей и другого персонала учитывать необходимость обеспечения «справедливого представительства судей женского и мужского пола»⁹⁶.

⁹³ См. Kelsay, *op. cit.* (примечание 63), pp. 214–215; Chubin and Tripp, *op. cit.* (примечание 84), p. 51.

⁹⁴ Римский статут Международного уголовного суда, 17 июля 1998, UN Doc. A/CONF.183/9*. См. Roy S. Lee (ed.), *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute: Issues, Negotiations, Results*, Kluwer Law International, The Hague, 1999.

⁹⁵ См. Cate Steains, «Gender issues» in Lee (ed.), *op. cit.* (примечание 94), p. 372.

⁹⁶ Римский статут, *op. cit.* (примечание 94), ст. 36(8)(iii) и 44(2). См. также комментарии Алжира, Египта, Иордании, Кувейта, Ливийской Арабской Джамахирии и Катара в 1996 *Report by the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court*, Vol. II (Compilation of Proposals), UNGA Official Records, Fifty-first Session, Supplement no. 22A, A/51/22 (1996) at 12.

Во-вторых, мусульманские государства оспаривали само определение термина «гендер» и его применение к материальным нормам, определяющим преступность деяний⁹⁷. Многие из них усмотрели в положениях проекта Статута Суда первый шаг в регулировании публичным международным правом гендерных отношений на их собственной территории. Хотя эти государства могли смириться с тем, что применение и толкование права Судом должно соответствовать международно признанным правам человека, как предусматривалось в проекте, они не могли согласиться с тем, что (как предусматривалось в проекте) применение и толкование права не должно допускать никакого проведения неблагоприятного различия по гендерному признаку⁹⁸. Мусульманские государства опасались, что их согласие с таким заявлением, в лучшем случае, приведет к тому, что Суд не будет толковать международное право в соответствии с шариатом, а в худшем — даст Суду полномочия выносить решения относительно внутрисударственных обычаев, признанных совместимыми с международно признанными правами человека, но явно учитывающих «различие» по гендерному признаку. Проблема заключалась не столько в противоречии обязательств, вытекающих из исламского права и международного гуманитарного права, сколько в том, чтобы найти способ для включения различий, основанных на исламе, в МГП. Был поставлен важнейший вопрос: есть ли место для мусульманской культуры в международном гуманитарном праве?

К возражениям арабских мусульманских государств против пункта о «неблагоприятном различии» присоединились консервативные христианские государства, особо озабоченные тем, что использование этого пункта сделает противозаконными действия государств, направленные против гомосексуализма⁹⁹. Некоторые государства были готовы сохранить пункт о неблагоприятном различии при условии, что термин «гендер» будет совсем опущен

⁹⁷ См. Otto Triffterer (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Nomos*, Baden-Baden, 1999, pp. 164–165.

⁹⁸ Steains, *op. cit.* (примечание 95), p. 372.

⁹⁹ Там же.

или, заменен на слово «пол», что поможет избежать «проблемы» гомосексуализма. Это предложение было отвергнуто стараниями коалиции главным образом западных, либеральных государств с христианским большинством населения¹⁰⁰.

Поскольку «гендер» оставался в Статуте, предметом спора стало определение этого термина. Все участники сознавали, что проблема заключается в социологическом аспекте понятия, поэтому обсуждение сосредоточилось на формулировке, в которой принималась бы во внимание социологическая разница в распределении гендерных ролей. Были отклонены предложения с такими формулировками, как «мужчины и женщины в контексте общества и традиционной семейной ячейки» и «мужчины и женщины в контексте своего общества»¹⁰¹. Исключение слова «своего» из окончательного варианта определения¹⁰² весьма существенно. Римский статут представляет определение гендера в рамках международного гуманитарного права, которое связано с абстрактным, универсальным понятием общества, не сведенным до какой-либо конкретной культуры или традиции. Именно то, каким образом судьи и прокурор МУС будут воспринимать и применять это абстрактное понятие в каждом конкретном случае, во многом определит, сможет ли МГП примирить в себе различные культуры и как оно сможет это сделать.

Можно предположить, как может происходить это примирение, взяв третий пример разногласий по гендерному вопросу в обсуждении Римского статута: определение «принудительной беременности»¹⁰³. Ряд арабских мусульманских государств, к которым опять присоединились католические державы, в том числе Ватикан, сначала отказались включить принудительную беременность в Статут в качестве преступления против человечества, поскольку они опасались, что это

¹⁰⁰ Там же.

¹⁰¹ Там же, р. 374.

¹⁰² Римский статут, *op. cit.* (примечание 94), ст. 7(3): «Для целей настоящего Статута понимается, что термин «гендерный» в контексте общества относится к

обоим полам, мужскому и женскому. Термин «гендерный» не имеет какого-либо иного значения, отличного от вышеупомянутого».

¹⁰³ Triffterer, *op. cit.* (примечание 97), pp. 164–165.

наложит на них международное обязательство разрешать женщинам, забеременевшим в принудительном порядке, делать аборты¹⁰⁴. Они доказывали, что преследование за подобное деяние может осуществляться путем обвинения в изнасиловании или в незаконном задержании — двух преступлениях, уже включенных в Статут. Этим государствам возразила обширная коалиция, в которую входила, в частности, Турция¹⁰⁵. Наконец, решение было выработано путем специальной серии встреч, на которых был достигнут консенсус: это преступление будет включено в Статут вместе с отдельным разъяснением, что соответствующее положение не следует истолковывать как влияющее на национальное законодательство, касающееся аборт или беременности¹⁰⁶.

Ключевым в споре о принудительной беременности опять был вопрос о том, может ли МГП примирить противоречивые общественные взгляды, различные культуры. Его успешное разрешение показывает, что гуманитарное право может быть продуктом диалога между культурами. Гуманизм МГП может быть европейским, даже христианским явлением, однако он стал принципом, которого придерживаются сейчас все культуры¹⁰⁷. Для развития и применения МГП необходим диалог между этими культурами, направленный на поиск путей поддержки и выражения их общей человечности, учитывающих при этом применение правил и норм, существующих в различных культурных контекстах.

104 См. Steains, *op. cit.* (примечание 95), pp. 366–367.

105 Там же.

106 Там же, p. 367. Теперь ст. 7(2)(f) предусматривает следующее: «Принудительная беременность» означает незаконное лишение свободы какой-либо женщины, которая стала беременной в принудительном порядке, с целью изменения этнического состава какого-либо населения или совершения иных серьезных нарушений международного права. Это определение ни в коем случае не истолковывается как затрагивающее национальное законодательство, касающееся беременности».

107 В связи с этим примечательно то, что Саудовская Аравия ратифицировала 28 ноября 2001 г. Второй дополнительный протокол. Возможно, это существенный признак того, что, по крайней мере, одно мусульманское государство верит, что международное гуманитарное право и исламское право могут спокойно сосуществовать, даже в ситуациях немеждународных вооруженных конфликтов. Это может быть важным признаком готовности мусульманских государств вступить в тот диалог культур, который, как будет показано ниже, станет условием к будущему развитию МГП.

Противостояние и диалог

В 1856 г., в начале рассматриваемого в этой статье периода взаимодействия ислама и международного гуманитарного права, между исламской доктриной и МГП существовали значительные расхождения. Сегодня этих расхождений стало существенно меньше благодаря взаимодействию между европейской и мусульманской культурами и изменению гуманитарного права, к которому привело это взаимодействие. Другие авторы показали уже значительную совместимость предусматриваемых исламом и МГП норм поведения во время вооруженных конфликтов¹⁰⁸. Это касается таких разнообразных вопросов, как: предмет этих норм¹⁰⁹, преступления¹¹⁰, ограничение поведения воюющих сторон¹¹¹, защита гражданских лиц¹¹² (в том числе, ограничения нападений на женщин, детей и пожилых людей)¹¹³, военнопленных¹¹⁴, ограничения при обращении с оккупированной территорией и собственностью¹¹⁵, шпионы¹¹⁶, вероломство¹¹⁷,

108 См. в общем Ereksooussi, *op. cit.* (примечание 2); Busuttli, *op. cit.* (примечание 2); Algase, *op. cit.* (примечание 2).

109 Malekian, *op. cit.* (примечание 2), pp. 36–38.

110 Там же, pp. 38–41 (виновность), 45–63 (агрессия), 63–73 (военные преступления), 74–75 (виды оружия, использование которых ограничено), 76–78 (преступления против человечности), 79–89 (рабство), 90–93 (геноцид), 94–97 (апартеид), 98–106 (пытки), 107–112 (лица, пользующиеся международной защитой), 113–115 (заложники), 116–120 (преступления, связанные с наркотиками) и 132–134 (пиратство).

111 Taube, *op. cit.* (примечание 8), pp. 390–394; Rehid, *op. cit.* (примечание 11), pp. 385–386; El-Dakkak, *op. cit.* (примечание 2), pp. 115–124; Malekian, *op. cit.* (примечание 2), pp. 135–147.

112 Malekian, *op. cit.* (примечание 2), pp. 154–159; см. также Ameer Zemmali, *Combattants et prisonniers de guerre en droit islamique et en droit international humani-*

taire, Éditions A. Pedone, Paris, 1997; Taube, *op. cit.* (примечание 8), p. 391, citing Abu Bakr (634 CE), p. 392 citing Marghinani; ben Achour, *op. cit.* (примечание 2), pp. 61–63; El-Dakkak, *op. cit.* (примечание 2), p. 119; Zemmali, *op. cit.* (примечание 2), p. 132; Bedjaoui, *op. cit.* (примечание 2), p. 292.

113 См. в общем ben Achour, *op. cit.* (примечание 2), p. 65; El-Dakkak, *op. cit.* (примечание 2), pp. 121–124; Zemmali, *op. cit.* (примечание 2), pp. 131–132; Bedjaoui, *op. cit.* (примечание 2), p. 290; Malekian, *op. cit.* (примечание 2), pp. 149–153.

114 Taube, *op. cit.* (примечание 8), p. 391, citing Abu Bakr (680 CE).

115 Taube, *op. cit.* (примечание 8), p. 391, citing Abu Bakr; p. 392, citing Marghinani's Hidayah (1196 CE); Zemmali, *op. cit.* (примечание 2), p. 133.

116 Zemmali, *op. cit.* (примечание 2), p. 131.

117 Taube, *op. cit.* (примечание 8), p. 392, citing Marghinani; El-Dakkak, *op. cit.* (примечание 2), pp. 116–118.

военные хитрости¹¹⁸, незаконные средства ведения войны¹¹⁹ и уголовная ответственность¹²⁰.

Споры относительно эмблемы напоминают нам, однако, что под этой внешней совместимостью скрываются ставящие ее под вопрос разногласия. Суть этих разногласий состоит в простом вопросе: как могут совмещаться религиозные нормы, власть которых исходит из сверхъестественного источника (Аллаха)¹²¹, и гуманистические нормы, порожденные человеком? Кому мусульманские солдаты и дипломаты должны повиноваться прежде: Аллаху или человечеству? Если нормы ислама и международного гуманитарного права противоречат друг другу, какие из них стоят выше в нормативной иерархии?

Можно попытаться обойти эту проблему, предположив, что исламское право является «местным обычаем», существующим в рамках публичного международного права, обязательным для соблюдения в отношениях между мусульманскими государствами в более широкой всемирной системе¹²². Однако такой подход создал бы серьезнейшие проблемы, особенно во время конфликтов, в которых участвуют стороны со смешанным мусульманским и немусульманским населением. Должны ли солдаты-мусульмане соблюдать право ислама в отношении гражданских лиц-мусульман и отличные от него нормы международного гуманитарного права — в отношении других гражданских лиц? Здесь возникает опасность

118 El-Dakkak, *op. cit.* (примечание 2), pp. 118–119.

119 Taube, *op. cit.* (примечание 8), pp. 392–393, citing Mahmoud et Mahboud's *Vikayah* (1280 CE); Bedjaoui, *op. cit.* (примечание 2), p. 291.

120 Malekian, *op. cit.* (примечание 2), pp. 172–178.

121 Cp. Rechid, *op. cit.* (примечание 11), p. 392.

122 См. M.H. Mendelson, «The formation of customary international law», *Recueil des Cours*, Vol. 272, 1998, p. 155, pp. 215–217; G. Gohen-Jonathan, «La coutume locale»,

Annuaire français de droit international, Vol. 7, 1961, p. 119. Местные обычаи могут быть двусторонними (например, *Rights of Passage over Indian Territory* (India v. Portugal), (1960) ICJ Reports 6 at 39), региональными (как рассматриваемый в Деле об убежище (*Asylum case* (Peru v. Colombia), (1950) ICJ Reports 266) или общими для «конкретной идеологической группы или группы, проводящей одинаковую политику в конкретном вопросе, вне зависимости от ее местоположения»: Mendelson, *op. cit.*, p. 216.

возрождения средневековой христианской доктрины справедливой войны и потери универсального характера МГП. Кроме того, учитывая, до какой степени мусульманские государства приняли систему МГП, попросту невозможно доказать, что исламский местный обычай продолжает существовать в рамках МГП, учитывая степень принятия мусульманскими государствами рамок МГП¹²³. Любой исламский местный обычай, когда-то существовавший, вполне может устареть.

По моему мнению, лучшее решение – рассматривать международное гуманитарное право как *диалог культур*. Ислам – лишь одна из цивилизаций (в смысле ст. 9 статута Международного Суда и Постоянной Палаты Международного Правосудия), участвующих в этом диалоге, лишь один из источников судебной практики, к которым можно прибегнуть, чтобы определить «общие принципы права, признанные цивилизованными нациями»¹²⁴.

Это не означает, что международное гуманитарное право является статическим, наднациональным кодексом, относительно которого различные цивилизации достигли договоренности¹²⁵. Вместо этого следует рассматривать его как *процесс* диалога между культурами, *процесс* намеренного ненасильственного согласования, переговоров между конкурирующими источниками норм, регулирующих вооруженные конфликты¹²⁶. Договоры и другие документы по МГП являются, конечно, записью обязательств, принятых в ходе этого диалога его участниками. Диалог построен на равноправном участии – или, как мы знаем, на суверенитете, – поэтому участники *сами налагают* на себя эти обязательства. Международное гуманитарное право становится согласованным процессом объединения суверенитетов в целях ограничения отрицательных последствий вооруженных кон-

¹²³ Ср. Bedjaoui, *op. cit.* (примечание 2), p. 295.

¹²⁴ См. Статут Международного Суда, ст. 38(1)(c).

¹²⁵ Ср. Bartram S. Brown, «Nationality and internationality in international humanitarian law», *Stanford Journal of*

International Law, Vol. 34, No. 2, 1998, pp. 347–406.

¹²⁶ Ср. International Law Association, *Report of the Sixty-Fifth Conference (1992)*, El-Fania, Cairo, 1993, p. 4; см. также Strawson, *op. cit.* (примечание 60).

фликтов. Гуманизм этого процесса заключается именно в стремлении создать ограничения для насильственного конфликта; однако каждый участник процесса сохраняет свободу в выборе источника нормативной силы обязательств, выработанных в ходе этого процесса. Каждое государство может определять основной источник обязательности норм МГП по-своему *при условии, что эта обязательность признается*. Таким образом, для одного государства стимул для участия в процессе гуманитарного права может быть трансцендентным, а для других — имманентным. Каким бы ни был источник обязательности, она передается путем суверенного согласия, на котором основано участие в процессе всех государств, правовым нормам и решениям, рождающимся в этом процессе¹²⁷. В этом смысле процессы и нормы МГП отражают разнообразные ценности и разнообразные источники обязательности: они многовалентны¹²⁸.

Разногласия в вопросах о Римском статуте и эмблеме являются прекрасными примерами того, что отношение к международному гуманитарному праву как к процессу диалога между цивилизациями позволяет избежать как проблемы нормативной иерархии, так и проблемы ориентализма. Оба вопроса связаны с поиском компромиссных решений путем диалога, в котором признаются различия. Каждое из решений позволило сохранить мусульманские особенности, не рискуя лишиться участия мусульманских государств в процессе МГП. Оба решения были достигнуты посредством диалога между цивилизациями, *«способом генерирования единства из признанного разнообразия»*¹²⁹.

Этот способ, возможно, совместим с исламской доктриной, в частности, с ихтилафом и хадифом, где указано, что *«различие мнений... есть знак щедрости Бога»*¹³⁰. Таким образом, «исламское

¹²⁷ Ср. Mahmassani, *op. cit.* (примечание 2), p. 233.

¹²⁸ О многовалентности в согласовании правовых традиций см. Glenn, *op. cit.* (примечание 4), pp. 324–327.

¹²⁹ Guy de Lacharrière, «Le point de vue juriste: la production et l'application du droit international dans une monde multiculturel»,

in R.J. Dupuy (ed.), *L'avenir du droit international dans un monde multiculturel*, Colloque, La Haye, 17–19 Novembre 1983, Martinus Nijhoff, The Hague, 1984, p. 67.

¹³⁰ Glenn, *op. cit.* (примечание 4), p. 325; см. также Bedjaoui, *op. cit.* (примечание 2), p. 284.

право может и должно стать важнейшим и действенным фактором, гарантирующим универсальный характер международного гуманитарного права»¹³¹.

Благодаря своей многовалентности этот универсализм не нуждается в усреднении или в преобладании. Международное гуманитарное право должно быть в состоянии примирять различия. Фактически достоинство этой отрасли права состоит именно в том, что оно защищает различия, одновременно защищая нашу общую человечность¹³². Оно представляет собой ненасильственную систему урегулирования различий¹³³, средство превратить «столкновение» цивилизаций в диалог между ними.

131 El-Dakkak, *op. cit.* (примечание 2), p. 125.

132 Ср. S. Sucharitkul, «L'Humanité en tant qu'élément contribuant au développement progressif du droit international contemporain», in Dupuy (ed.), *op. cit.* (примечание 17), p. 415; R.J. Dupuy, «Conclusions

du colloque», in Dupuy (ed.), *op. cit.* (примечание 128), p. 447, pp. 456–467.

133 См. Glenn, *op. cit.* (примечание 4), p. 338.

131 El-Dakkak, *op. cit.* (примечание 2), p. 125.