

Комбатанты, а не бандиты: статус повстанцев в исламском праве

Садия Табассум

Садия Табассум является доцентом юридического факультета в Международном исламском университете (Исламабад)

Краткое содержание

Исламское право, касающееся повстанческой деятельности, предлагает всесторонний кодекс для регулирования военных действий во время немеждународных вооруженных конфликтов, и, таким образом, оно может быть использовано в качестве модели для улучшения современного международного правового режима. Оно не только предоставляет объективный критерий для того, чтобы определить существование вооруженного конфликта, но и признает статус комбатантов за повстанцами и естественные последствия их фактической власти на территории, находящейся под их контролем. Поэтому оно помогает уменьшить страдания гражданских лиц и простых граждан в ходе повстанческой деятельности и во время гражданских войн. В то же самое время исламское право утверждает, что территория, фактически находящаяся под контролем повстанцев, является de jure частью государства, в котором она находится. Таким образом, оно дает ответы тем, кто опасается, что предоставление статуса комбатанта повстанцам может придать легитимность их борьбе.

: : : : : :

Современный мир становится свидетелем многочисленных вооруженных конфликтов, большинство из которых представляются «внутренними», или «немеждународными». В настоящей статье мы постараемся выявить

отдельные важные проблемы в международном правовом режиме, регулирующем эти конфликты, и найти решения этих проблем, взяв за ориентир исламское право, касающееся повстанческой деятельности.

Исламское международное право — *сияр*, — как оказалось, рассматривает вопросы восстаний, гражданских войн и внутренних конфликтов довольно подробно. Каждое руководство по *фикху* (исламскому праву) содержит главу, посвященную *сияру*, в которой есть раздел о повстанческой деятельности (*хуруж/багхи*)¹; в некоторые руководства по *фикху* даже включены отдельные главы, касающиеся повстанческой деятельности². Коран, основной источник исламского права, закладывает основополагающие принципы не только для регулирования военных действий в целом, но и для повстанческой деятельности и гражданских войн³. Сунна Пророка развивает эти правила⁴, как и действия и высказывания правоверных халифов, которые были преемниками Пророка; эти халифы, особенно Али, заложили нормы, которые были приняты мусульманскими правоведами, разработавшими со временем подробные правила⁵. Исламская история знает несколько случаев восстаний в ранний период⁶, вот почему этот вопрос всегда вызывал озабоченность правоведов. Более того, правоведы очень хорошо понимали обязательство обеих сторон во время восстаний, потому что исламское право рассматривает обе враждующие стороны как мусульман⁷.

- 1 Так, руководство *Kitab al-Siyar* в работе *Kitab al-Asl* Мухаммада б. аль-Шайбани содержит раздел (*Bab*), посвященный *хуруджу* (*khuruj*). См.: Majid Khaduri, *The Islamic Law of Nations: Shaybani's Siyar*, John Hopkins Press, Baltimore, 1966, pp. 230—254. То же самое можно сказать о других руководствах школы Ханафи.
- 2 Так обстоит дело с работой *al-Kitab al-Umm* Мухаммада б. Идриса аль-Шафии. Этот энциклопедический труд содержит несколько глав, касающихся *сияра*, и одна из них называется *Kitab Qital Ahl al-Baghy wa Ahl al-Riddah* (*Al-Kitab al-Umm*, ed. Ahmad Badr al-Din Hassun, Dar Qutaybah, Beirut, 2003, Vol. 5, pp. 179—242). Более поздние юристы школы Шафии следовали этой практике. Так, аль-Мухаддхаб Абу Ишака Ибрагима б. Али аль-Ширази также содержит отдельную главу, касающуюся *багхи* и озаглавленную *Kitab Qital Ahl al-Baghy* (*Al-Muhadhdhab fi Fiqh al-Imam al-Shafi'i*, Dar al-Ma'rifah, Beirut, 2003, Vol. 3, pp. 400—423).
- 3 Сурат аль-Худжурат дает указания относительно *багхи* (49:9—10). Мусульманские правоведы обсуждают вопросы, касающиеся *багхи*, анализируя последствия религиозной обязанности аль-амр би л-ма'руф ва аль-нахи 'ан аль-мункар (предписывание права и запрет правонарушений), см., например: Abu Bakr al-Jassas, *Ahkam al-Qur'an, Qadimi Kutubkhana*, Karachi, n. d., Vol. 1, pp. 99—101 and Vol. 2, pp. 50—51.
- 4 См., например, работу: *Kitab al-Imarah* in Muslim b. al-Hajjaj al-Qushayri's al-Sahih.
- 5 Блестящий правовед Ханафи Абу Бакр Мухаммад б. Аби Сахл аль-Сарахси в своем анализе исламского права *багхи* утверждает во многих местах, что «Али является имамом этой отрасли права». См.: Abu Bakr Muhammad b. Ahmad b. Abi Sahl al-Sarakhsi, *al-Mabsut*, ed. Muhammad Hasan Isma'il al-Shafi'i, Dar al-Kutub al-'Ilmiyyah, Beirut, 1997, Vol. 10, p. 132.
- 6 Утман, третий халиф, был предан мученической смерти повстанцами в 35 г. по хиджре (655 г. н. э.). Али пришлось вести несколько войн против своих противников среди мусульман, он также был предан мученической смерти одним из бунтовщиков в 40 г. по хиджре (660 г. н. э.). Его сын аль-Хусейн был убит правительственными войсками в Кербеле в 61 г. по хиджре (681 г. н. э.). Было несколько других примеров восстаний во время жизни великого мусульманского правоведа и основателя школы Ханафи исламского права, Абу Ханафах аль-Нумана б. Табита (80—150 гг. по хиджре (699—767 гг. н. э.)).
- 7 Как будет показано ниже, когда немусульмане берутся за оружие против мусульманского правителя, это не рассматривается как «восстание». К такой ситуации скорее применимо общее право

Современный правовой режим, касающийся немеждународных вооруженных конфликтов, сталкивается сегодня с тремя серьезными проблемами. Во-первых, государствам обычно не нравится признавать существование вооруженного конфликта в рамках своих границ⁸. Даже когда им противостоят сильные сепаратистские движения, они склонны называть это проблемой «правопорядка» или «внутренним делом»⁹. Во-вторых, заставить негосударственных акторов соблюдать *jus in bello*, поскольку обычно считается, что международное право связывает только государства¹⁰, может быть очень трудно. В-третьих, и это наиболее важно, право не предоставляет статуса комбатанта повстанцам, следовательно, они остаются субъектами общего уголовного права государства, против которого они взяли за оружие.

В настоящем исследовании мы проанализируем подробные нормы исламского права, касающиеся правового статуса повстанцев, чтобы рассмотреть возможные решения этих проблем, возникающих в рамках современного права вооруженных конфликтов.

Определение повстанческой деятельности (восстания)

В своем знаковом исследовании исламского права, касающегося повстанческой деятельности, Халед Абу эль-Фадл определяет восстание как «акт

войны. Таким образом, нормы повстанческой деятельности применяются только в тех случаях, когда обе враждующие стороны являются мусульманами. Коран называет повстанцев «верующими» (Коран, 49:9) и, как говорят, Али сказал о своих противниках: «Это наши братья, которые восстали против нас». Из этого *факаха* (правоведы) выводят основополагающую норму исламского права *багхи*. См.: Sarakhsi, примечание 5 выше, т. 10, с. 136.

- 8 Выражаясь юридическим языком, совершенно справедливо, что международное гуманитарное право (МГП) применяется всегда, когда фактически имеет место вооруженный конфликт, даже если сторона в конфликте не признает наличие конфликта. И все же отказ со стороны государства признать существование конфликта в рамках своих границ осложняет применение права. См. подробности в документе: International Committee of the Red Cross (ICRC), 'Improving compliance with international humanitarian law', background paper prepared for informal high-level expert meeting on current challenges to international humanitarian law, Cambridge, 25–27 June 2004. См. также: Michelle L. Mack, *Compliance with International Humanitarian Law by Non-state Actors in Non-international Armed Conflicts*, Program on Humanitarian Policy and Conflict Research, Harvard University, Working Paper, 2003, доступно по адресу: [http://www.reliefweb.int/rw/lib.nsf/db900sid/AMMF-6SYHW3/\\$file/Harvard-Nov2003.pdf?openelement](http://www.reliefweb.int/rw/lib.nsf/db900sid/AMMF-6SYHW3/$file/Harvard-Nov2003.pdf?openelement) (последнее посещение 7 февраля 2011 г.). См. также: Marco Sassoli, 'Taking armed groups seriously: ways to improve their compliance with international humanitarian law', in *International Humanitarian Legal Studies*, Vol. 1, 2010, pp. 5–51.
- 9 Тому есть две основные причины. Первая: государства не хотят, чтобы другие государства и международные организации вмешивались в такую ситуацию. Вторая: государства считают повстанцев преступниками и правонарушителями. Они боятся, что признание статуса воюющего за повстанцами может придать некую легитимность их борьбе.
- 10 В отличие от общего международного права МГП связывает все стороны в конфликте, включая негосударственных акторов, даже если они не подписывали Женевские конвенции или Дополнительные протоколы к ним. И все же может оказаться трудным делом заставить негосударственных акторов соблюдать МГП, в основном потому, что они не считают себя причастными к этому праву.

сопротивления или открытого неповиновения тем, кто стоит у власти»¹¹. Он говорит, что сопротивление может принимать форму либо «пассивного невыполнения приказов тех, кто стоит у власти», либо «вооруженной повстанческой деятельности»¹². Что касается объекта, против которого направлено восстание, то Абу эль- Фадл говорит, что это может быть социальный или политический институт либо религиозная власть *улема* (ученых-правоведов)¹³. Здесь мы можем указать, что пассивное невыполнение приказов тех, кто стоит у власти, не является повстанческой деятельностью в юридическом смысле. Аналогичным образом любое насильственное сопротивление правительству или государству не может быть названо повстанческой деятельностью, поскольку термин «восстание» подразумевает высокий уровень насилия и открытое неповиновение правительству. Поэтому с правовой точки зрения классификация, предложенная Мухаммадом Хамидуллою (умер в 2002 г.), известным исследователем исламского международного права, представляется более актуальной.

Настоящая отличительная черта повстанческой деятельности

Хамидулла говорит, что если оппозиция правительству направлена против определенных действий правительственных чиновников, это *инсurreкция*, наказание за которую предусматривается законодательством страны¹⁴. Далее он утверждает, что если инсurreкция направлена на свержение законным образом установленного правительства на неправомерных основаниях, это *мятеж*, но если она направлена против режима тирании на справедливых основаниях, ее называют *освободительной войной*¹⁵. По нашему мнению различие между мятежом и освободительной войной основывается на субъективной оценке, так как одно и то же событие инсurreкции может рассматриваться некоторыми как мятеж, а другими как освободительная война¹⁶. Поэтому такое различие совершенно бесполезно. Дело вот в чем: в отличие от инсurreкции цель мятежа или освободительной войны заключается не просто в том, чтобы избавиться от некоторых правительственных чиновников, но в том, чтобы свергнуть правительство.

Хамидулла упоминает следующие стадии насильственного сопротивления правительству или государству под названием «восстание» и

11 Khaled Abou El Fadl, *Rebellion and Violence in Islamic Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001, p. 4.

12 *Ibid.*

13 *Ibid.*

14 Muhammad Hamidullah, *The Muslim Conduct of State*, Sheikh Muhammad Ashraf, Lahore, 1945, p. 167.

15 *Ibid.*

16 Мы можем процитировать здесь Абу эль-Фадла: «Разница ... между действием призыва к мятежу и действием государственной измены будет зависеть от контекста и обстоятельств такого действия и от существующих нормативных ценностей, которые лежат в основе различия. Поэтому часто различие между первым и вторым является совершенно произвольным по своему характеру». Примечание 11 выше, с. 4.

«гражданская война». Он говорит, что когда инсurreкция усиливается до такой степени, что часть территории оказывается занятой и контролируется повстанцами, которые демонстрируют открытое неповиновение правительству, она называется восстанием. Это *восстание* может перерасти в *гражданскую войну*, если повстанческая деятельность расширяется до такой степени, что создается правительство, равное уже существующему в стране¹⁷. Занятие определенной территории и контроль над ней, вопреки требованиям центрального правительства, является серьезным показателем для определения существования восстания, как мы увидим далее.

Повстанцы или бандиты

Ранние мусульманские правоведы также детально описали нормы исламского права, касающиеся сопротивления правительству, связанного с насилием. Они обычно использовали три термина для этой цели: *багхи*, *хурудж* и *хираба*.

Буквально слово «*багхи*» означает «нарушение мира» и «то, что вызывает правонарушение» (*та'адди*)¹⁸. На юридическом языке оно означает восстание против *справедливого* правителя (*аль-имам аль-адль*)¹⁹. Термин «*хурудж*», буквально «выход», изначально применялся для обозначения восстания против четвертого халифа, Али, и те повстанцы конкретно назывались *хавариджи* (те, кто вышел). Однако позже термин стал употребляться для обозначения восстаний различных лидеров в семье (*аль аль-байт*) Пророка против правителей-тиранов Омейядов и Аббасидов²⁰. Другими словами, термин «*хурудж*» использовался для обозначения *справедливого* восстания против *несправедливых* правителей. Однако *справедливый* и *несправедливый* характер войны — это субъективная оценка, и мнения здесь могут быть разные. Вот почему мусульманские правоведы разработали кодекс поведения для повстанческой деятельности, независимо от того, *справедливое* это восстание или нет, и именно по этой причине два этих термина, *хурудж* и *багхи* стали взаимозаменяемы²¹. Термин «*хираба*», с другой стороны, используется для конкретного вида грабежа, за который налагается наказание *хадд*²². Хотя любое правитель-

17 M. Hamidullah, примечание 14 выше, с. 168.

18 Abu 'l-Fadl Jamal al-Din Muhammad Ibn Manzur, *Lisan al-'Arab*, Dar Bayrut, Beirut, 1968, Vol. 14, p. 78.

19 Muhammad Amin b. 'Uthman Ibn 'Abidin al-Shami, *Radd al-Muhtar 'ala al-Durr al-Mukhtar*, Matba'at Mustafa al-Babi al-Halbi, Cairo, n.d., Vol. 3, p. 308.

20 Например, восстание Зайяда б. Али, правнука Али, называется *хурудж*, а не *багхи*.

21 Так, в главах, посвященных сияру в руководствах Ханафи, раздел, озаглавленный 'Bab al-Khawarij', упоминает нормы исламского права, касающиеся повстанческой деятельности, независимо от того, *справедливо* или нет восстание.

22 'Ala al-Din Abu Bakr Al-Kasani, *Bada'i' al-Sanai'i' fi Tartib al-Shara'i'*, ed. 'Ali Muhammad Mu'awwad and 'Adil Ahmad 'Abd al-Mawjud, Dar al-Kutub al-'Ilmiyyah, Beirut, 2003, Vol. 9, p. 360. В исламском праве *хадд* является установленным наказанием, применение которого обязательно, поскольку это право Bora. *Ibid.*, Vol. 9, p. 177.

ство обычно считает повстанцев бандитами и грабителями, мусульманские правоведы настойчиво утверждали, что повстанческая деятельность четко отличается от разбоя и что как таковая деятельность повстанцев не регулируется общим уголовным правом страны²³, даже если меры наказания могут быть приняты в их отношении за нарушение мира и взятие закона в свои руки²⁴.

Дар аль-багхи: территория под контролем повстанцев

Территория, находящаяся под контролем повстанцев, называется *дар аль-багхи* (территория повстанцев), и правоведы Ханафи считают, что она находится за пределами юрисдикции центрального правительства исламского государства. Территория, находящаяся под контролем центрального правительства, называется *дар аль-адль*, то есть антонимом *дар аль-багхи*²⁵. Как мы увидим ниже, преступники, совершившие правонарушения в *дар аль-багхи*, не могут преследоваться в судебном порядке в судах *дар аль-адля*, даже если центральное правительство восстанавливает свой контроль над *дар аль-багхи*²⁶. *Дар аль-багхи* может заключать также договоры с другими государствами²⁷. Решения судов *дар аль-багхи* обычно не отменяются, даже если центральное правительство вновь захватывает эту территорию²⁸. Налоги должны платиться при пересечении границ из *дар аль-адля* в *дар аль-багхи* и обратно²⁹. Таким образом, для всех практических целей *дар аль-багхи* считается другим государством³⁰. Однако, как мы увидим далее, это признание лишь *de facto*, а не *de jure*³¹.

23 Таким образом, они считали, что нормы *хууд* (установленные наказания за конкретные преступления), *кисас* (равное наказание за преступное убийство и ранения) и *дийа* (финансовая компенсация за ущерб, причиненный имуществу), *арш* (финансовая компенсация за ранения) и *даман* (финансовая компенсация за ущерб, причиненный имуществу) не применимы к повстанцам. Подробно см. ниже.

24 Вот почему книги по исламскому праву содержат разделы, посвященные вопросу повстанческой деятельности.

25 Sarakhsi, примечание 5 выше, т. 10, с. 130.

26 *Ibid.*

27 *Ibid.*

28 *Ibid.*

29 Abu 'l-Hasan 'Ali b. Muhammad al-Mawardi, *al-Ahkam al-Sultaniyah wa 'l-Wilayat al-Diniyyah*, Dar Ibn Qutaybah, Kuwait, 1989, p. 166.

30 M. Hamidullah, примечание 14 выше, с. 168.

31 Когда правительство *de facto* признает другое правительство, это означает, что первое признает как факт, что последнее осуществляет эффективный контроль над определенной территорией. Это не обязательно означает, что этот контроль является законным. Признание *de facto* обычно предоставляется, если остаются сомнения относительно долгосрочной жизнеспособности правительства. В отличие от этого признание *de jure* подразумевает признание легитимности власти этого правительства на территории, находящейся под его эффективным контролем. См.: Malcolm N. Shaw, *International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, pp. 382—388.

Как мы определяем повстанческую деятельность?

Понятие повстанческой деятельности в исламском праве существует в рамках доктрины *фасад фай л-ард* (нарушение мира и порядка в стране)³². По мнению мусульманских правоведов, существуют различные формы *фасад* и правителю предоставляется власть в соответствии с доктриной *сияса*³³ для поддержания мира и порядка в обществе. Двумя важными формами фасад, упоминаемыми непосредственным образом в Коране, являются *хираба*³⁴ и *багхи*³⁵. В обоих случаях сильная группа людей берется за оружие, демонстрируя неповиновение праву страны и бросая вызов предписанию правительства. Однако *хираба* рассматривается как преступление, и к *мухарибин*³⁶ применяется уголовное право страны, а *багхи* регулируется правом войны и *бугха* считаются комбатантами, даже несмотря на то, что в соответствии с доктриной *сияса* правительство может принять карательные меры против повстанцев за нарушение мира в обществе. Этот вопрос будет развит далее, после того, как мы объясним критерий для определения повстанческой деятельности.

32 *Багхи* на несправедливых основаниях является *фасад*, и обязанность добиваться справедливости и запрещать правонарушение требует от мусульман пресечь этот *фасад*. Аналогичным образом если правитель несправедлив, обязанность добиваться справедливости и запрещать правонарушение требует от мусульман попытаться устранить его, потому что он предается *фасад*. Следовательно, в этом нет никакого противоречия; скорее, это две стороны одной картины. Подробную дискуссию о доктрине *фасад фи л-ард* Корана см.: Abu 'l A'la Mawdudi, *al-Jihad fi 'l-Islam*, Idara-e-Tarjuman al-Qur'an, Lahore, 1974, pp. 105–117.

33 Известный правовед Ханафи Ибн Нуджаим определяет *сияса* как «действие правителя на основании *маслаха* (защита целей права), даже если нельзя процитировать никакого конкретного текста [Корана или Сунны] в качестве источника этого действия». Zayn al-'Abidin b. Ibrahim Ibn Nuja'um, *al-Bahr al-Ra'iq Sharh Kanz al-Daqa'iq*, Dar al-Ma'rifah, Beirut, n. d., Vol. 5, p. 11. Фукаха придали юридическую силу различным законодательным и административным мерам правителя на основании доктрины. Например, *фарамин* императоров Моголов или *каванин* османских султанов охватывается доктриной *сияса*. Эта власть правителя, однако, не является абсолютной. Фукаха утверждают, что если правитель использует свою власть в границах общих принципов исламского права, это *сияса адила* (хорошее правление), и указания, издаваемые правителем в пределах его полномочий, обязательны для исполнения подданными. Однако если правитель выходит за эти пределы, это становится *сияса залима* (плохое правление) и такие указания правителя не имеют законной силы. Ibn 'Abidin, примечание 19 выше, т. 3, с. 162. Подробно о деталях доктрины *сияса*, см. фундаментальную работу блестящего Имама Ахмада б. Абд аль-Халима Ибн Таймийи (Imam Ahmad b. 'Abd al-Halim Ibn Taymiyyah): *al-Siyasah al-Shar'iyyah fi Islah al-Ra'i wa al-Ra'iyyah*, Majma' al-Fiqh al-Islami, Jeddah, n. d.

34 Коран, 5:33.

35 *Ibid.*, 48:9–10.

36 Правоведы школы Ханафи обычно упоминают нормы *хираба* (грабеж) в главе, посвященной *сарика* (воровство). См., например: Sarakhsi, примечание 5 выше, т. 9, с. 134 и далее. Некоторые из них, однако, упоминают нормы *хираба* в отдельной главе. Например, Казани сначала упоминает преступления *зина* и *кадф* в главе *Kitab al-Hudud* (Kasani, примечание 22 выше, т. 9, с. 176–274), после чего он упоминает преступление кражи в главе *Kitab al-Sariqah* (*ibid.*, т. 7, с. 275–359), а затем развивает нормы *хираба* в *Kitab Qutta' al-Tariq* (*ibid.*, т. 7, с. 360–375). И наконец, он начинает сложное обсуждение права войны в *Kitab al-Siyar* (*ibid.*, Vol. 7, pp. 376–550), посвящая последний раздел (фасл) нормам *багхи* (*ibid.*, т. 9, с. 543–550).

Безошибочным показателем для определения наличия *багхи* и для отличия его от *хирабы* является вопрос о том, ставится ли под сомнение легитимность правительства или системы теми, кто берется за оружие в борьбе против правительства. И если *мухарибин* не отрицают легитимности правительства или системы, *бугха* считают себя сторонниками справедливости и заявляют, что они стремятся к замене существующей незаконной и несправедливой системы законным и справедливым порядком. Выражаясь технически, можно сказать, что у *бугха* есть *та'вил* (правовое обоснование их борьбы).

Таким образом, у *багхи* есть два составляющих элемента:

1. Сильная группа устанавливает свою власть над частью земли, демонстрируя открытое неповиновение правительству (*мана'ах*, способность к сопротивлению); и
2. Эта группа ставит под вопрос легитимность правительства (*та'вил*).

Как у *мухарибин*, так и у *бугха* есть достаточно *мана'ах*, но у повстанцев есть *та'вил*, которого нет у *мухарибин*³⁷.

Правовой статус повстанцев в исламском праве: комбатанты или бандиты?

Проблема повстанческой деятельности ставила серьезные вопросы в областях теологии и законности, которые обе были очень важны для мусульманских правоведов. Однако юристы не только проводили различие между правовыми вопросами и вопросами теологии, но и отделяли вопросы *jus in bello* от вопросов *jus ad bellum*. Таким образом, они анализировали вопросы, касающиеся ведения военных действий во время повстанческой деятельности, независимо от того, справедливо ли было восстание, то есть не принимая ни чьей стороны, — подход, принятый исследователями международного гуманитарного права (МГП) в современном мире³⁸.

Прежде чем мы разъясним, когда уголовное право перестает применяться в случае восстания, уместно кратко обратиться к различным категориям преступлений в исламском праве.

37 Sarakhsi, примечание 5 выше, т. 10, с. 136. Как уже отмечалось, вопрос о том, кто будет решать, является ли правомерным *та'вил* этих повстанцев, не беспокоит *фукаха*. Они сосредоточивают внимание только на кодексе ведения военных действий (*адаб аль-киталь*) в ходе повстанческой деятельности, независимо от того, справедливо восстание или нет. Таким образом, Сарахси говорит, что даже если *та'вил* повстанцев неправомерен, считается, что его достаточно, чтобы приостановить действие норм *кисас*, *дийа* и *даман*. *Ibid.*

38 В этом анализе я, главным образом, опиралась на работы правоведов школы Ханафи, а не смешивала взгляды различных школ, потому что методология *талфик*, или «слияния», — смешение и сочетание мнений, основанных на различных и иногда конфликтующих принципах — ведет к аналитической непоследовательности. Однако я добавила ссылки на взгляды других правоведов в примечаниях.

Категории преступлений в исламском праве

В отличие от других правовых систем, в которых преступления обычно считаются нарушениями прав государства, исламское право разделяет преступления на четыре различные категории в зависимости от характера нарушенного права³⁹:

- a) *хадд* является конкретным преступлением, которое считается нарушением права Бога⁴⁰;
- b) *тазир* является нарушением права отдельного лица⁴¹;
- c) *кисас*, включая *дийа* и *арш*, считается нарушением смешанного права Бога и отдельного лица, в котором право отдельного лица рассматривается как преобладающее⁴²; и
- d) *сияса* является нарушением права государства⁴³.

Характер прав определяет применение различных норм и принципов исламского уголовного права. Государство не может помиловать в случае наказаний *хадд*, потому что они рассматриваются как права Бога и поэтому только Бог может освободить от этих наказаний⁴⁴. Аналогичным образом государство не имеет полномочий освободить от наказаний *тазир*, хотя пострадавшее лицо или его законные наследники могут простить нарушителя или пойти с ним на компромисс⁴⁵. Так же обстоят дела с наказаниями *кисас*⁴⁶. Можно считать часть уголовного права, касающуюся *хадд*, *тазир*, *кисас* и *дийа*, жестко установленной, потому что государство играет очень небольшую роль в этой области. Однако государство может вынести решение о помиловании или смягчить наказание *сияса*, потому что оно рассматривается как право государства.

Как мы увидим ниже, когда *мана'ах* сочетается с *та'вил*, то есть когда имеет место восстание, уголовное право, касающееся первых трех категорий прав, прекращает применяться. Только та область, которая связана с правом государства (*сияса*), остается применимой. Важно, что эта часть уголовного права является гибкой, поскольку правительство может освободить от наказания или смягчить его. Это становится основанием для любых объявлений амнистии для повстанцев, а также для заключения мирных соглашений с ними.

39 См.: Imran Ahsan Khan Nyazee, *General Principles of Criminal Law: Islamic and Western*, Advanced Legal Studies Institute, Islamabad, 1998.

40 *Хадд кадфа* (ложное обвинение в совершении незаконного полового сношения) рассматривается как смешанное право Бога и отдельного лица, но право Бога считается превалирующим. Kasani, примечание 22 выше, т. 9, с. 250.

41 *Ibid.*, т. 9, с. 273.

42 Эти наказания являются полномочиями Бога, и поэтому пределы наказания считаются «установленными», но поскольку право отдельного лица преобладает, пострадавшее лицо или его/ее законные наследники могут помиловать нарушителя или достичь компромисса с ним.

43 Ibn 'Abidin, примечание 19 выше, т. 3, с. 162.

44 Kasani, примечание 22 выше, т. 9, с. 248–250.

45 *Ibid.*, т. 9, с. 273–274.

46 *Ibid.*

Временное прекращение действия основной части уголовного права во время восстаний

Мухаммад б. аль-Хасан аль-Шайбани, отец мусульманского международного права, утверждает: «Когда повстанцы раскаиваются и принимают предписания правительства, их не следует наказывать за причиненный ими ущерб [в ходе восстания]»⁴⁷. Разъясняя эту норму, известный юрист Ханафи Абу Бакр аль-Сарахси говорит:

«Это означает, что от них не следует требовать компенсации за ущерб, причиненный жизни и имуществу [стороны противника]. Он имеет в виду: когда они причинили ущерб после того, как организовали свою группу и достигли *мана'ах*. Что касается ущерба, который они причинили до этого, от них следует потребовать компенсации, потому что [на этом этапе] правило заключалось в том, чтобы убедить их и заставить соблюдать право. Поэтому их неправомерный *та'вил* не будет рассматриваться в качестве достаточного для приостановления действия нормы, требующей компенсации до того, как они получили *мана'ах*»⁴⁸.

Шайбани сам упоминает аналогичную норму, когда говорит: «Когда те, кто восстает, не имеют *мана'ах*, и только один или два человека из города ставят под вопрос легитимность правительства и берутся за оружие против него, а затем просят *аман* [мира], их заставят соблюдать право в полном объеме»⁴⁹. Сарахси разъясняет эту норму следующими словами: «...потому что они подобны грабителям, и мы уже разъяснили, что если в *та'вил* нет *мана'ах*, он не обладает юридической силой [то есть не может приостановить действие нормы, касающейся компенсации]»⁵⁰.

Шайбани далее четко заявляет, что даже если правительство и повстанцы заключают мирный договор на условии, что от повстанцев не потребуют компенсации за ущерб, причиненный ими до того, как они достигли *мана'ах*, это условие не будет иметь юридической силы, и их заставят исполнить закон:

«Если повстанцы причинили ущерб, который вызвал потери жизни и уничтожение имущества до того, как они восстали и начали сражаться, а после восстания они заключили мирный договор на условии,

47 Sarakhsi, примечание 5 выше, с. 136. Правовед школы Шафии Абу Ишак аль-Ширази говорит: «Если пленный из числа повстанцев принимает власть правительства, его следует освободить. Если он не признает власти правительства, он должен быть заключен в тюрьму до конца военных действий, после чего он должен быть освобожден на условии, что он не будет участвовать в войне». Shirazi, примечание 2 выше, т. 3, с. 404.

48 Sarakhsi, примечание 5 выше, с. 136.

49 Ibid., p. 141. Такую точку зрения предпочитает школа Шафии. Shirazi, примечание 2 выше, т. 3, с. 406.

50 Sarakhsi, примечание 5 выше, с. 141.

что этот ущерб не будет компенсирован, это условие не будет иметь юридической силы и нормы *кисас* и выплаты компенсации за ущерб, нанесенный имуществу, будут применимы по отношению к ним»⁵¹.

Это не приравнивается к предательскому поступку. Принятие этого условия скорее можно приравнять к нарушению основополагающих норм исламского права. Поэтому данное положение считается *ultra vires* и как таковое является потерявшим законную силу. Сарахси развивает принцип, лежащий в основе этой нормы, следующими формулировками:

«...поскольку эта компенсация является обязательной в качестве права отдельного лица [чьей жизни или чьему имуществу причинен вред], и правитель не имеет полномочий отменить действие прав отдельных лиц. Следовательно, условие, выдвигаемое их стороной, относительно прекращения действия нормы, предусматривающей компенсацию, является юридически недействительным»⁵².

Однако, как уже говорилось, от них не потребуют компенсации за ущерб, который они причинили после достижения *мана'ах*, в точности так же, как немусульманские комбатанты не должны компенсировать ущерб, причиненный ими во время войны, даже после того, как они принимают ислам⁵³. Сарахси говорит:

«После того, как они достигают *мана'ах*, становится практически невозможно обеспечить выполнение ими предписаний правительства. Поэтому их *та'вил* — хотя и неправомерный — должен иметь силу приостановить действие нормы, касающейся компенсации с их стороны, подобно тому, как *та'вил* людей, ведущих войну [комбатантов — немусульман] после того, как они принимают ислам»⁵⁴.

Кроме того, Сарахси приводит в этом отношении пример из жизни сподвижников Пророка. Имам Ибн Шихаб аль-Зухри говорит о вердикте,

51 Sarakhsi, примечание 5 выше, р. 138. У правоведов школы Шафии несколько отличающийся подход. Ширази говорит: «Если повстанцы и правительственные силы причиняют вред жизни и имуществу друг друга не во время активных военных действий (*фи гаир аль-китал*), компенсация (*даман*) обязательна... Если правительственные силы причиняют вред жизни и имуществу повстанцев во время войны, компенсация не требуется... Если повстанцы причиняют вред правительственным силам во время войны, существуют два мнения... Предпочитается то из них, согласно которому компенсация не требуется». Shirazi, примечание 2 выше, т. 3, с. 405–406. Эта норма применяется, когда повстанцы уже достигли *мана'ах*. Если же они причиняют вред до достижения *мана'ах*, их заставят выплатить компенсацию. *Ibid.*, т. 3, с. 409. Правило будет то же самое, если у них есть *мана'ах*, но нет *та'вил*. *Ibid.*

52 *Ibid.*, р. 139.

53 Внутригосударственное право стороны в конфликте, включая уголовное право, не применяется в отношении действий (или бездействия) комбатантов другой стороны. Это необходимое следствие признания статуса комбатанта. Поскольку исламское право признает этот статус для иностранцев — не мусульман, оно признает и это необходимое следствие. Эта норма действует, даже если эти не мусульмане затем принимают ислам, потому что исламское право не допускает обратного действия уголовного права.

54 *Ibid.*, р. 136.

вынесенном сподвижниками Пророка на основании консенсуса и касающемся гражданской войны между мусульманами:

«Во время *фитна* [войны между мусульманами] присутствовали многие сподвижники Пророка. Они постановили единодушно, что не может быть никакой земной компенсации или наказания за убийство, совершенное на основании *та'вил* Корана, за половое сношение, установленное на основании *та'вил* Корана, и за ущерб, нанесенный имуществу на основании *та'вил* Корана. И если что-то остается в их руках, оно должно быть возвращено истинному владельцу»⁵⁵.

Следует отметить здесь, что временное прекращение действия уголовного права или мирского наказания не означает, что действия повстанцев были законными. Шайбани утверждает, что если повстанцы признают, что их *та'вил* неправомерен, им посоветуют компенсировать ущерб, который они причинили, хотя юридически их нельзя заставить сделать это. «Я посоветую им посредством *фетвы* компенсировать ущерб, который они причинили людям и имуществу. Но я не буду применять для этого мер принуждения на основании права»⁵⁶. Сарахси объясняет это решение так:

«...[п]оскольку они являются благочестивыми мусульманами и признают, что их *та'вил* был неправомерен. Однако полномочие применять право в отношении их исчезает после того, как они получили *мана'ах*. Вот почему с правовой точки зрения их нельзя заставлять компенсировать ущерб, но следует издать *фетву*, потому что они будут нести ответственность за это перед Богом»⁵⁷.

В отличие от повстанцев банда грабителей, которые обладают *мана'ах*, но у которых нет *та'вил*, должны будут компенсировать ущерб и будут наказаны за неправомерные деяния. Сарахси говорит:

«...[п]оскольку для бандитов *мана'ах* существует без *та'вил*, и мы уже объяснили, что норма изменяется для повстанцев только когда *мана'ах* сочетается с *та'вил*, и что норма, касающаяся компенсации за ущерб, не изменяется, если существует одно из этих двух без другого»⁵⁸.

55 Sarakhsi, примечание 5 выше, с. 136. Ширази приводит тот же самый прецедент: Shirazi, примечание 2 выше, т. 3, с. 406. Муваффах аль-Дин Ибн Кудам аль-Макдизи, знаменитый правовед школы Ханбали, говорит: «Если повстанцев нельзя поставить под контроль, не убивая их, разрешено убить их, и это не будет грехом, за это не требуется компенсации, и те, кто убил их, не должны искупать этот грех». Muwaffaq al-Din Ibn Qudamah al-Maqdisi, *Al-Mughni Sharh Mukhtasar al-Khiraqi*, Maktabat al-Riyad al-Hadithah, Riyadh, 1981, Vol. 8, p. 112. Далее он говорит: «И повстанцы также не обязаны компенсировать ущерб, который они причинили людям и имуществу во время войны». *Ibid.*, с. 113.

56 Sarakhsi, примечание 5 выше, с. 136.

57 *Ibid.*

58 *Ibid.*, с. 142. Мы уже отмечали, что школа Шафии придерживается той же самой позиции. Shirazi, примечание 2 выше, т. 3, с. 409.

Таким образом, исламское право признает некоторые важные права тех, кто сражается в гражданской войне или, если использовать терминологию МГП, в немеждународном вооруженном конфликте⁵⁹.

Проведение различия между повстанцами-мусульманами и повстанцами-немусульманами: правовые последствия

Мусульманские юристы не применяют право *багхи* в отношении повстанцев, когда все повстанцы не являются мусульманами; они применяют его, только когда повстанцы-немусульмане сражаются вместе с повстанцами-мусульманами или когда все повстанцы являются мусульманами. Когда все повстанцы являются немусульманами, правоведы применяют к ним общий кодекс ведения войны⁶⁰, который применим к другим *ахль аль-харб*⁶¹. Правоведы обсуждают этот вопрос в рамках окончания контракта *дхимма*⁶².

В соответствии с исламским правом договорные отношения существуют между мусульманским правительством и жителями — немусульманами *дар аль-ислама*. Заключив контракт *дхимма*, мусульманский правитель гарантирует защиту жизни и имущества, а также свободу религии немусульманам, которые соглашаются соблюдать право страны и платить *джизья* (подушный налог). Правоведы считают, что контракт *дхимма* прекращает действовать только в результате одного из следующих действий: во-первых, когда *дхимми* селятся постоянно за пределами *дар аль-ислама*⁶³; и во-вторых, когда сильная группа немусульман, имеющая достаточно *мана'ах*, восстает против мусульманского правительства⁶⁴.

59 M. Hamidullah, примечание 14 выше, с. 167—168.

60 Общий кодекс ведения войны в исламском праве не только проводит различие между законными и незаконными целями, но и налагает ограничения на средства и методы ведения войны. К ним относятся, среди прочего, запрет на нападение на некомбатантов, запрет на нанесение увечий, запрет на произвольное уничтожение имущества, обязанность соблюдать договорные положения, допустимость военных хитростей и запрет вероломства. Подробное сравнение положений исламского *jus in bello* и современного права вооруженных конфликтов см. в работе: Muhammad Mushtaq Ahmad, *Jihad, Muzahamat awr Baghawat Islami Shari'at awr Bayn al-Aqwami Qanun ki Roshni mayn*, Shariah Academy, Gujranwala, 2008, pp. 295—478, 583—594, and 631—668. См. также: Ameer Zemmali (ed.), *Maqalat fi 'l-Qanun al-Dawli al-Islami wa 'l-Islam*, ICRC, Geneva, 2007.

61 Abu Bakr Muhammad b. Abi Sahl al-Sarakhsi, *Sharh al-Siyar al-Kabir*, Dar al-Kutub al-'Ilmiyyah, Beirut, 1997, Vol. 4, p. 164. Можно сравнить это с понятием международного вооруженного конфликта в современном международном правовом порядке.

62 По мнению мусульманских правоведов, исламское государство имеет договорные отношения с немусульманами, живущими на его территории на постоянной основе. Этот контракт называется «*дхимма*» (буквально: контракт который предусматривает наказание (*дхамм*) в случае его нарушения). В силу этого контракта *дхимма* исламское государство гарантирует равную защиту жизни и имущества своим немусульманским гражданам. Подробно см.: Kasani, примечание 22 выше, т. 9, с. 426—458.

63 На современном языке можно сказать, что исламское право не признает понятия «двойного гражданства». Можно отметить здесь, что пакистанское право также не признает этого понятия. См.: Section 14 of the Pakistan Citizenship Act, 1951.

64 Упомянется и третий фактор, а именно переход в ислам. Kasani, примечание 22 выше, т. 7, с. 446. Однако это, конечно, не является причиной утраты права на постоянное проживание в *дар аль-исламе*.

Таким образом, договор *дхимма* не прекращается из-за любого из следующих действий:

- отказ платить *джизья*;
- уничижительные высказывания в адрес ислама или Корана;
- кощунственные высказывания о Пророках (мир Им);
- принуждение мусульманина отказаться от своей религии; или
- прелюбодеяние с мусульманской женщиной⁶⁵.

Правоведы считают эти деяния преступлениями, наказуемыми в соответствии с правом страны⁶⁶. К немусульманам, которые селятся на постоянной основе за пределами *дар аль-ислама*, относятся как к простым иностранцам⁶⁷, а с немусульманскими повстанцами обращаются так же, как и с простыми комбатантами противника, не являющимися мусульманами⁶⁸.

Окончательный вывод заключается в том, что как мусульмане, так и немусульмане — повстанцы считаются комбатантами, и право войны в полном объеме к ним применимо. Однако если некоторые или все повстанцы являются мусульманами, право налагает дальнейшие ограничения на полномочия правительства. Например, исламское право запрещает нападения на женщин и детей как в общем праве войны, так и в его специальном законе *багхи*⁶⁹, а нормы ганима, применяющиеся к имуществу противника, не применимы к имуществу повстанцев, независимо от того, мусульмане они или нет⁷⁰.

Статус комбатанта, признаваемый исламским правом за повстанцами, как мусульманами, так и немусульманами, является сильным стимулом для повстанцев соблюдать право войны. Благодаря этому статусу общее уголовное право страны не применяется к ним. Другими словами, их можно наказать, только если они нарушают право войны. Более того, дополнительные ограничения, касающиеся мусульман-повстанцев, могут

65 Kamal al-Din Muhammad Ibn al-Humam al-Iskandari, *Fath al-Qadir 'ala 'l-Hidayah*, Dar al-Kutub al-'Arabiyyah, Cairo, n. d., Vol. 4, p. 381. Правоведы, не принадлежащие к школе Ханафи, считают, что договор *дхимма* прекращает действовать из-за любого из этих деяний, хотя некоторые считают, что это справедливо только если в договоре упоминается, что этих деяний следует избегать. Ibn Qudamah, примечание 55 выше, т. 8, с. 525; Shams al-Din Muhammad b. Muhammad al-Khatib al-Shirbini, *Mughni al-Muhtaj ila Sharh al-Minhaj*, Matba'at al-Halbi, Beirut, 1933, Vol. 4, p. 258.

66 Iskandari, примечание 65 выше, т. 4, с. 381.

67 Burhan al-Din 'Ali b. Abi Bakr b. 'Abd al-Jalal al-Farghani al-Marghinani, *Al-Hidayah fi Sharh Bidayat al-Mubtadi*, Dar al-Fikr, Beirut, n. d., Vol. 2, p. 405.

68 Shaybani, примечание 61 выше, т. 4, с. 164; Iskandari, примечание 65 выше, т. 4, с. 382. Можно здесь заметить, что прекращение действия договора *дхимма* некоторыми немусульманами не влияет на правовой статус тех, кто не прекратил его. Iskandari, примечание 65 выше, т. 4, с. 253; Shirbini, примечание 65 выше, т. 4, с. 258; Ibn Qudamah, примечание 55 выше, т. 8, с. 524.

69 Однако на них можно нападать, если они участвуют в военных действиях непосредственным образом.

70 Это мнение правоведов школы Шафии: Shirazi, примечание 2 выше, т. 3, с. 406—407. Правоведы школы Ханафи считают, что дополнительные запретительные нормы кодекса повстанческой деятельности применимы только к мусульманам: Sarakhsi, примечание 5 выше, т. 10, с. 137.

также быть приняты международным сообществом в качестве общих норм, применимых ко всем повстанцам посредством международного договора⁷¹. И наконец, поскольку исламский закон *багхи* является частью священного права, повстанцы-мусульмане не могут отрицать обязательный характер этого закона и не могут заявлять, что он был установлен посредством договоров, участниками которых они не являются.

Правовые последствия фактической власти повстанцев

Исламское право признает некоторые важные правовые последствия фактической власти, осуществляемой повстанцами. Это хорошо, поскольку является еще одним стимулом для повстанцев соблюдать право войны. Правоведы подробно разработали различные аспекты этой фактической власти, и мы рассмотрим здесь четыре важных положения, выведенных в порядке логического рассуждения.

Сбор средств повстанцами

Если повстанцы получают средства — то есть *харадж*, *закат*, *‘ушр* и *хумс*⁷² — от людей, живущих на территории, находящейся под их контролем, центральное правительство не может собирать эти средства снова, даже если впоследствии оно восстанавливает свой контроль над этой территорией⁷³. Причина, упоминаемая в знаменитом тексте Ханафи аль-Хидайя, такова: «Правитель может собирать средства, только когда он обеспечивает безопасность своих подданных, а [в этом случае] он не обеспечил им безопасности»⁷⁴. Здесь правоведы обсуждают важный вопрос.

71 Исламское право разрешает мусульманскому правителю заключать договоры с немусульманами для регулирования ведения военных действий и для ограничения власти участников договоров. Sarakhshi, примечание 51 выше, т. 1, с. 210–214.

72 *Харадж* обозначает налог, выплачиваемый немусульманами мусульманскому правительству по условиям мирного соглашения. См.: Muammad Rawwas Qal’aji, *Mu’jam Lughat al-Fuqaha’*, Dar al-Nafa’is lil-Nashr wa al-Tawzi’, Beirut, 2006, p. 194. Сюда входит *джизья* (*ibid.*, с. 164). *Закат* — это средства, собираемые со сбережений богатых мусульман в размере 2,5% в год. Они рассматриваются как *‘ибада* (поклонение, исполнение своих религиозных обязанностей). *Ibid.*, с. 233. *‘Ушр* — это налог в 10% на урожай мусульман в неорошаемых районах. Если урожай собирается на орошаемых землях, норма будет 5%, и в этих случаях он называется *нисф аль-‘ушр* (половина от 10%), *Ibid.*, с. 312. *Хумс* — это поступления, составляющие 20-процентный налог на минералы (*ма’адин*) и клады (*кунуз*). *Ibid.*, с. 201.

73 Marghinani, примечание 67 выше, т. 2, с. 412. Профессор Имран Асан Хан Ниязи перевел соответствующий отрывок аль-Хидайя следующими словами: «То, что повстанцы собрали в виде *хараджа* и *‘ушра* с земли, которую они стали контролировать, не может быть вновь собрано имамом». *Al-Hidayah: The Guidance*, Amal Press, Bristol, 2008, Vol. 2, p. 343. У правоведов школы Шафии другой подход. Они говорят, что *закат* не должен собираться, а *джизья* должна, в отношении же *хараджа* существуют два мнения. Shirazi, примечание 2 выше, т. 3, с. 407. Того же мнения придерживаются правоведы Ханбали. Ibn Qudamah, примечание 55 выше, т. 8, с. 118–119.

74 Marghinani, примечание 67 выше, т. 2, с. 412.

С точки зрения исламского права *закат* и *‘ушр* являются не только категориями финансовых поступлений, но и действием поклонения (*‘ибада*). Вот почему встает вопрос относительно того будут ли те, кто заплатил *закат* и *‘ушр* повстанцам, *обязаны перед Богом* заплатить снова законным властям (центральному правительству). Ответ таков: у них будет такая обязанность перед лицом Господа, только если повстанцы тратят эти деньги противоправным образом⁷⁵.

Решения судов в *дар аль-багхи*

Мусульманские правоведы обсуждали различные аспекты полномочий судов в *дар аль-багхи*. Мы проанализируем три значимых пункта этих дебатов. Во-первых, разрешено ли кому-либо с квалификацией судьи принять назначение на такую должность под властью повстанцев, если сам этот человек отрицает легитимность их власти? Вот ответ, который дают юристы: такой человек должен принять это назначение и выносить решения по делам в соответствии с положениями исламского права, даже если он не признает легитимности власти, назначающей его на должность. Шайбани говорит:

«Если повстанцы начинают контролировать город и назначают судьей не поддерживающего их человека из числа жителей этого города, он должен обеспечивать применение *худуд* и *кисас* и решать споры между людьми в соответствии с нормами справедливости. У него нет другого выбора»⁷⁶.

В связи с этим юристы часто приводят в пример прецедент со знаменитым кади Шурай, который не только принял назначение судьей от халифа Умара б. аль-Хаттаба, но и действовал в качестве судьи в Куфе во время тиранического правления халифа Омейядов Абд аль-Малика б. Марвана и губернаторства аль-Хаджаджа б. Юсуфа. Блестящий правовед школы Ханафи Абу Бакр аль-Джассас напоминает об этом случае, говоря, что «среди арабов, и даже среди клана Марванов, Абд аль-Малик был наилучшим среди тиранов, среди тех, кто нарушает закон и подавляет, а среди его губернаторов наилучшим был аль-Хаджадж»⁷⁷.

Еще одним прецедентом, о котором напоминают правоведы, является случай с Умаром б. Абд аль-Азизом (да помилует его Аллах), знаменитым халифом Омейядов, который, стараясь восстановить систему *Кулафа аль Рашидин*, не назначал вновь судей, назначенных предыдущим

⁷⁵ Marghinani, примечание 67 выше, т. 2, с. 412.

⁷⁶ Sarakhsi, примечание 5 выше, т. 10, с. 138. Ибн Кудама говорит: «Когда повстанцы назначают судьей человека, обладающего квалификацией для этой должности, его юридическое положение аналогично положению судьи центрального правительства». Ibn Qudamah, примечание 55 выше, т. 8, с. 119.

⁷⁷ Jassas, примечание 3 выше, т. 1, с. 99.

халифом Омейядов, — тот считался тираном. Сарахси объясняет юридические принципы, лежащие в основе этого правила, следующим образом:

«Решение споров в соответствии с нормами правосудия и защита угнетаемых от угнетателей являются частью значения выражения «требовать права и запрещать правонарушения», что является обязанностью каждого мусульманина. Однако один из подданных не может навязывать свои решения другим. Когда это стало возможным для него благодаря власти того, кто назначил его, он должен решать в соответствии со своими обязанностями, независимо от того, справедлива ли власть, назначившая его. Это так, потому что условием законности назначения является способность обеспечить выполнение решений, и здесь это условие выполнено»⁷⁸.

Вторым вопросом является правомерность решений судов *дар аль-багхи*. Юристы заложили основной принцип, в силу которого, если судья *дар аль-багхи* направляет свое решение судье *дар аль-адль*, оно не будет принято последним⁷⁹. Сарахси упоминает две причины существования этой нормы:

1. Для судов *дар аль-адль* повстанцы являются грешниками (*фуссак*), и показания и решения тех, кто совершает тяжкие грехи, неприемлемы. Другими словами, суды *дар аль-багхи* не обладают полномочиями налагать обязанности на суды *дар аль-адль*.
2. Повстанцы не признают неприкосновенности жизни и имущества людей *дар аль-адль*. Поэтому существует возможность, что суд *дар аль-багхи* принял решение на незаконном основании⁸⁰.

Однако если судья *дар аль-адль* после рассмотрения решения судьи *дар аль-багхи* приходит к выводу, что решение по делу вынесено на законных основаниях, например, когда он знает, что свидетели не были повстанцами, он исполнит это решение⁸¹. Если же неизвестно, были свидетели повстанцами или нет, суд *дар аль-адль* не будет обеспечивать исполнение этого решения, «потому что в отношении человека, который живет под властью повстанцев, существует презумпция, что он является одним из них. Поэтому судья [*дар аль-адль*] будет действовать, исходя из этого, если нет доказательств противного»⁸². Окончательный вывод заключается в том, что исполнение решений судов *дар аль-багхи* не будет обеспечи-

⁷⁸ Sarakhsi, примечание 5 выше, т. 10, с. 138.

⁷⁹ *Ibid.*, т. 10, с. 142. Юристы школы Шафии утверждают, что судье *ахль аль-адль* лучше не принимать решение судьи *ахль аль-багхи*. Однако если он принимает его и принимает соответствующее решение, его выполнение будет обеспечено. Shirazi, примечание 2 выше, т. 3, с. 407. Правоведы школы Ханбали придерживаются того же мнения. Ibn Qudamah, примечание 55 выше, т. 8, с. 120.

⁸⁰ Ширази говорит, что решения судьи повстанцев не будут проводиться в жизнь, только если он не верит в неприкосновенность жизни и имущества *ахль аль-адль*. Shirazi, примечание 2 выше, т. 3, с. 407.

⁸¹ Sarakhsi, примечание 5 выше, т. 10, с. 138.

⁸² *Ibid.*

ваться судами *дар аль-адль*, если после тщательного изучения этого решения последние не приходят к выводу, что оно законно.

Третья проблема касается правового статуса решений судов *дар аль-багхи* после того, как центральное правительство возвращает себе контроль над территорией. Шайбани говорит:

«Повстанцы захватывают контроль над городом и назначают там судью, который разрешает многие споры. Затем, когда центральное правительство вновь захватывает этот город и решения этого судьи оспариваются перед судьей *ахль аль-адль*, он обеспечит исполнение только тех решений, которые являются законными»⁸³.

Если такие решения являются правомерными в соответствии с одной школой исламского права и неправомерными согласно другой школе, они будут считаться законными, даже если судья *ахль аль-адль* принадлежит к школе, которая считает их неправомерными, «потому что решения судьи в спорных случаях [когда правоведы не согласны друг с другом] должны исполняться»⁸⁴. Это значит, что только те решения судов *дар аль-багхи* будут признаваться недействительными, которые противоречат общему мнению всех правоведов. Более того, такие решения будут считаться недействительными, только если они оспариваются пострадавшей стороной в судах *ахль аль-адль*. Таким образом, обычно дела, по которым приняты решения судов *дар аль-багхи*, не рассматриваются вновь⁸⁵.

Договоры повстанцев с иностранной державой и их правовые последствия для сторонников центрального правительства

Мирный договор в исламском праве считается категорией более широкой доктрины *аман*⁸⁶. Один из основополагающих принципов *аман* заключается

83 Sarakhsi, примечание 5 выше, т. 10, с. 142. Юристы школы Шафии считают, что решения судов повстанцев не должны отвергаться даже после того, как территорию вновь начинает контролировать центральное правительство, потому что такие решения, как предполагается, основаны на *иджитхад*. Shirazi, примечание 2 выше, т. 3, с. 407.

84 Sarakhsi, примечание 5 выше, т. 10, с. 142. См. также: Ibn Qudamah, примечание 55 выше, т. 8, с. 120.

85 Это известно как доктрина «прошлых и закрытых дел». Есть интересный пример применения этой доктрины в пакистанской судебной истории, когда некоторые судьи Верховного суда «восстали» против тогдашнего председателя Верховного суда Саджада Али Шаха. В конце концов был сделан вывод, что после так называемого Дела судей (*Al-Jehad Trust v. Federation of Pakistan*, PLD 1996 SC 324) судья Шах не имеет квалификации для того, чтобы и дальше занимать пост председателя Верховного суда, потому что он не был самым старшим судьей Верховного суда. Однако дела, решения по которым были вынесены Шахом, когда он был «председателем Верховного суда *de facto*», не открывались вновь на основании доктрины прошлых и закрытых дел. *Malik Asad Ali v. Federation of Pakistan*, 1998 SCMR 15; см. также: Hamid Khan, *Constitutional and Political History of Pakistan*, Oxford University Press, Karachi, 2001, pp. 274–275.

86 Казани подразделяет *аман* на две основные категории: *аман му'аббад* (также называемый *дхимма*) и *аман му'аккат*. См.: Kasani, примечание 22 выше, т. 9, с. 411. Первый является договором о постоянном мире, посредством которого немусульманская сторона соглашается платить *джизья* мусульманам, и поэтому получает право на постоянное проживание в дар аль-ислам, а мусульма-

в том, что каждый мусульманин уполномочен предоставить *аман* отдельному лицу или даже группе немусульман, при условии, что тот, кто это делает, является частью сильной группы, которая обладает *мана'а*⁸⁷. Этот *аман*, предоставленный отдельным мусульманином, является обязательным для исполнения всеми мусульманами⁸⁸. Следовательно, все мусульмане обязаны защищать жизнь и свободу человека, которому отдельный мусульманин или группа мусульман предоставила *аман*⁸⁹.

На основании этих принципов юристы четко заявляли, что если повстанцы заключают мирный договор с немусульманами, центральному правительству не разрешено сражаться с этими немусульманами в нарушение этого мирного договора⁹⁰. Однако если мирный договор заключен на условии, что немусульманская сторона будет поддерживать повстанцев в их борьбе против центрального правительства, этот договор не будет считаться имеющим законную силу *аманом* и немусульмане не будут рассматриваться как *муста'минин*. Сарахси объясняет это следующим образом:

«Потому что *муста'мин* — это тот, кто входит в *дар аль-ислам* после обещания не сражаться с мусульманами, хотя эти люди входят в *дар аль-ислам* именно с целью воевать с теми мусульманами, которые поддерживают центральное правительство. Поэтому мы знаем, что они не *муста'минин*. Более того, когда *муста'минин* [войдя в *дар аль-ислам*] организуют группу для того, чтобы сражаться с мусульманами, и предпринимают действия против них [мусульман], это считается нарушением *амана* с их стороны. Поэтому это намерение [сражаться с мусульманами] должно лишать юридической силы *аман* с самого начала»⁹¹.

не гарантируют им защиту жизни и свободу. Второй подразделяется далее на *аман ма'руф* (обычный *аман*), который предоставляется тем, кто хочет войти в *дар аль-ислам* на какое-то время, и *мувада'а* (мирный договор), который заключается с иностранной группой немусульман, которые хотят установить миролюбивые отношения. *Мувада'а* может касаться конкретного времени (*му'акката*) или нет (*мутлака*). *Ibid.*, т. 9, с. 424.

87 Вот почему пленный мусульманин, содержащийся под стражей у противника, или мусульманский торговец в чужой стране не может предоставить *аман*. Shaybani, примечание 51 выше, т. 1, с. 213.

88 *Ibid.*, т. 1, с. 201.

89 Однако мусульманский правитель обладает полномочиями запретить своим подданным предоставлять *аман* в конкретной ситуации, если кто-то делает это после такого запрета, *аман* не имеет силы. *Ibid.*, т. 1, с. 227. Более того, мусульманский правитель имеет также полномочие прекращать действие *аман*, предоставленного одним или несколькими его подданными, но он не может принимать меры против тех, кому *аман* был предоставлен, если только он не предупреждает их заранее о прекращении действия *амана* и не предоставляет им возможности добраться до места, где они будут считать себя в безопасности (*ма'ман*). *Ibid.*, т. 2, с. 229.

90 Sarakhsi, примечание 5 выше, т. 10, с. 141. И не только это, но *фукаха* также устанавливает, что если повстанцы захватывают имущество этих *ахль аль-мувада'а* в нарушение мирного договора, центральное правительство не должно покупать у них это имущество. Оно, скорее, должно посоветовать повстанцам возратить имущество законному владельцу. Если повстанцы сдаются или если правительство одерживает победу, правительство обязано возратить имущество законному владельцу. *Ibid.*

91 *Ibid.*, т. 10, с. 143. Юристы школ Шафии и Ханбали придерживаются такого же мнения, а Ширази и Ибн Кудам выдвигают тот же самый аргумент. Shirazi, примечание 2 выше, т. 3, с. 406; Ibn

Здесь важно отметить, что Сарахси считает территорию повстанцев частью *дар аль-ислама* и выстраивает свои аргументы, исходя из этого. Другими словами, хотя повстанцы установили свою фактическую власть над этой территорией, все же с точки зрения права она рассматривается как часть *дар аль-ислама*. Мы вернемся к этому вопросу ниже.

Нападение иностранной державы на повстанцев и юридическая ответственность центрального правительства

Как правило, не разрешается *ахль аль-адль* поддерживать повстанцев во время войны. Поэтому если во время войны между *ахль аль-адль* и повстанцами убит человек из *ахль аль-адль*, когда он находится на стороне повстанцев, ни *кисас*, ни *дийа* не налагаются на того, кто убил его, как и в случае, когда лицо убито, находясь на стороне немусульман⁹². Однако когда повстанцы подвергаются нападению со стороны иностранной державы, даже центральное правительство обязано поддержать повстанцев⁹³. Шайбани говорит, что это обязательство налагается даже на тех *ахль аль-адль*, которые временно уходят в *дар аль-багхи*:

«Та же обязанность налагается на тех *ахль аль-адль*, которые оказываются на территории повстанцев, когда на нее совершает нападение противник. У них нет другого выбора кроме того, чтобы сражаться для защиты прав и чести мусульман»⁹⁴.

Сарахси, как всегда убедительно, объясняет принцип, лежащий в основе этого решения, следующим образом:

«Поскольку повстанцы являются мусульманами, борьба в их поддержку придает уважение и силу религии ислама. Более того, сражаясь с нападающими, они защищают мусульман от их врагов. А защита мусульман от их врагов является обязательной для каждого, у кого есть возможность сделать это»⁹⁵.

Другими словами, даже когда две группы мусульман вступают в конфликт, ни одна из них не должна искать поддержки у немусульман⁹⁶. Их конфликт, таким образом, считается «внутренним делом» мусульманской общины, в которое немусульмане не должны вмешиваться.

Qudamah, примечание 55 выше, т. 8, с. 121. Этот же принцип применяется к любому договору центрального правительства с немусульманами об оказании военной помощи против мусульманских повстанцев.

92 Sarakhsi, примечание 5 выше, т. 10, с. 140.

93 Основанием для этой обязанности является тот факт, что даже после восстания повстанцы рассматриваются как мусульмане. *Ibid.*, т. 10, с. 107.

94 *Ibid.*

95 *Ibid.*

96 Shirazi, примечание 2 выше, т. 3, с. 404; Muhammad b. 'Arafah al-Dasuqi, *Hashiyah 'ala al-Sharh al-Kabir*, 'Isa al-Babi, Cairo, 1934, Vol. 4, p. 299; Mansur b. Yunus al-Buhuti, *Kashshaf al-Qina' 'an Matn al-Iqna'*, 'Alam al-Kutub, Beirut, 1983, Vol. 6, p. 164.

Власть de facto и легитимность

Значит ли все это, что исламское право придает некоторую легитимность восстанию? Ответом будет решительное «нет»! Статус комбатанта, как отмечалось ранее, предоставляется всем, кто участвует в войне, независимо от того, на правильной ли стороне они сражаются. Например, современное право вооруженных конфликтов применяется равным образом ко всем сторонам в конфликте, независимо от того, какая сторона на законных или незаконных основаниях применила силу. Во время международных вооруженных конфликтов статус комбатанта поэтому предоставляется личному составу всех вооруженных сил независимо от каких-либо аргументов *jus ad bellum*. Аналогичным образом мусульманские юристы признают статус комбатанта за повстанцами, когда их *мана'а* сочетается с *та'вил*, и не имеет значения правомерен или неправомерен их *та'вил*⁹⁷. Даже когда они утверждают, что *та'вил* повстанцев неправомерен, они признают за ними статус комбатантов, если их неправомерный *та'вил* сочетается с *мана'а*⁹⁸.

Мы также отмечали, что эта норма была установлена на основании единодушного мнения сподвижников Пророка⁹⁹. Далее, мы увидели, что основным источником исламского права *багхи* являются действия Али, который признавал статус комбатанта для тех, кто восстал против него, хотя *та'вил* этих повстанцев был, несомненно, порочным. Поэтому можно сделать вывод, что признание статуса комбатантов повстанцев не придает легитимности их борьбе.

Это также объясняется тем фактом, что правоведы рассматривают *дар аль-багхи* как часть *дар аль-ислам*, даже после того, как повстанцы устанавливают свой фактический контроль над этой территорией¹⁰⁰. Другими словами, правоведы признают необходимые последствия власти de facto повстанцев в *дар аль-багхи*, но все же они не признают этой власти de jure.

Выводы

Исламское право, касающееся повстанческой деятельности, предоставляет критерий *та'вил* плюс *мана'а* для установления факта существования вооруженного конфликта. Более того, оно проводит различие между повстанцами и обычной бандой грабителей, признавая статус комбатантов за повстанцами,

97 Sarakhsi, примечание 5 выше, т. 10, с. 136.

98 *Ibid.*

99 *Ibid.*

100 По мнению правоведов школы Ханафи, если человек захватывает имущество другого лица в одной *дар* и берет его в другую *дар*, он становится собственником этого имущества (*ibid.*, Vol. 10, p. 62). Однако если человек переносит такое имущество из *дар аль-адль* в *дар аль-багхи* или наоборот, он не становится его собственником, «потому что *дар ахль аль-адль* и *ахль аль-багхи* является единой» (*ibid.*, Vol. 10, p. 135).

а также необходимые последствия их фактической власти на территории, находящейся под их контролем. Следовательно, оно дает стимул повстанцам к соблюдению права войны, уменьшая тем самым страдания гражданских лиц и простых граждан во время восстаний или гражданских войн. В то же самое время исламское право устанавливает, что территория, находящаяся под фактическим контролем повстанцев, является *de jure* частью государства, в котором она находится. Таким образом, оно дает ответ тем, кто опасается, что предоставление статуса комбатанта повстанцам может придать легитимность их борьбе. В отличие от современного права вооруженных конфликтов, по большей части изложенном в договорах, участниками которых повстанцы не являются, исламское право, касающееся повстанческой деятельности, составляет неотъемлемую часть священного права и как такое является обязательным для исполнения всеми повстанцами, которые заявляют о том, что они мусульмане.

Даже немусульмане могут руководствоваться этим правом. Если все повстанцы являются немусульманами, с ними обращаются не как с повстанцами, но как с простыми комбатантами противника. В силу статуса комбатанта действие общего уголовного права страны прекращается, даже несмотря на то, что правительство может принимать меры карательного характера против повстанцев за нарушение мира. Это решение проблем, которые встают перед современным правом вооруженных конфликтов.

Исламское право признает некоторые важные правовые последствия фактической власти комбатантов, как мусульман, так и немусульман, на территории, находящейся под их контролем. Это дает еще один стимул для соблюдения права войны.

Когда к немусульманам присоединяются мусульмане или когда все повстанцы являются мусульманами, исламское право налагает некоторые *дополнительные* ограничения на власть государства. И только в этом последнем пункте исламское право проводит различие между повстанцами-мусульманами и повстанцами-немусульманами. Причина очевидна. Исламское право сформулировано в терминах «мусульманин — немусульманин», в то время как современное право вооруженных конфликтов проводит различие между гражданами и негражданами. Эта разница обнаруживается в самом характере двух систем. Однако эти дополнительные ограничения можно сделать применимыми ко всем повстанцам, как к мусульманам, так и немусульманам, заключив договоры, поскольку исламское право признает правомерность договоров, регулирующих ведение военных действий.